



1990

**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.

Editor
PATRICIA PRITCHARD, B.A., LL.B.

Bureau des arrêtiſtes

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

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

Arrêtiſte
PATRICIA PRITCHARD, B.A., LL.B.

Legal Research Editor
LYNNE LEMAY

Recherche et documentation juridiques
LYNNE LEMAY

Production Staff

Supervisor, Editorial Services
LAURA VANIER

Editorial Assistants
PIERRE LANDRIAULT
LOUISE BEAUCHAMP

Secretary
LISE LÉPAGE

Services techniques

Superviseur, Services de l'édition
LAURA VANIER

Adjoints à l'édition
PIERRE LANDRIAULT
LOUISE BEAUCHAMP

Secrétaire
LISE LÉPAGE

Volume 3

Volume 3

JUDGES OF THE FEDERAL COURT OF CANADA

(DURING THE PERIOD COVERED BY THIS VOLUME)

CHIEF JUSTICE

The Honourable FRANK IACOBUCCI
(Appointed September 2, 1988)

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)

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

The Honourable JOHN J. URIE
(Appointed April 19, 1973;
Supernumerary December 31, 1988)

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)

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 ALLISON ARTHUR MARIOTTI WALSH
(Appointed to the Exchequer Court July 1, 1964;
Supernumerary June 1, 1984)

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

The Honourable GEORGE A. ADDY
(Appointed September 17, 1973;
Supernumerary September 1, 1983)

The Honourable JEAN-EUDES DUBÉ, P.C.
(Appointed April 9, 1975)

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 JOHN C. McNAIR
(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)

ATTORNEY GENERAL OF CANADA

The Honourable A. KIM CAMPBELL, P.C., Q.C., M.P. February 23, 1990

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 FRANK IACOBUCCI
(nommé le 2 septembre 1988)

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 Division de première instance, le 10 juin 1971;
nommé le 25 janvier 1973)

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

L'honorable JOHN J. URIE
(nommé le 19 avril 1973;
surnuméraire le 31 décembre 1988)

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

L'honorable LOUIS MARCEAU
(nommé à la Division de première instance, le 23 décembre 1975;
nommé le 18 juillet 1983)

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 ALLISON ARTHUR MARIOTTI WALSH

*(nommé à la Cour de l'Échiquier, le 1^{er} juillet 1964;
surnuméraire le 1^{er} juin 1984)*

L'honorable FRANK U. COLLIER

*(nommé le 16 septembre 1971;
surnuméraire le 1^{er} novembre 1987)*

L'honorable GEORGE A. ADDY

*(nommé le 17 septembre 1973;
surnuméraire le 1^{er} septembre 1983)*

L'honorable JEAN-EUDES DUBÉ, C.P.

(nommé le 9 avril 1975)

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 JOHN C. McNAIR

(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)

PROCUREURE GÉNÉRALE DU CANADA

L'honorable A. KIM CAMPBELL, c.p., c.r., députée, depuis le 23 février 1990

TABLE
OF THE NAMES OF THE CASES REPORTED
IN THIS VOLUME

A

Afram Lines Ltd. (T.D.), Mondel Transport Inc. v.	684
Afram Lines Ltd. (T.D.), Mondel Transport Inc. v.	701
Alexandros G. Tsavliris (The) (T.D.), Banco do Brasil (S.A.) v.	260
Alexandros G. Tsavliris (The) (T.D.), Banco do Brasil (S.A.) v.	283
Angus v. Canada (C.A.)	410
Apotex Inc. (T.D.), Wellcome Foundation Ltd. v.	528
Attaie (C.A.), M.N.R. v.	325

B

Balshin (T.D.), Montres Rolex S.A. v.	353
Banco do Brasil S.A. v. Alexandros G. Tsavliris (The) (T.D.)	260
Banco do Brasil S.A. v. Alexandros G. Tsavliris (The) (T.D.)	283
Birchglen (The) (T.D.), N.M. Paterson & Sons Ltd. v.	301
Bradasch v. Warren (C.A.)	32

C

CTV Television Network Ltd. v. Canada (Copyright Board) (T.D.)	489
Canada v. Cork (C.A.)	227
Canada (Attorney General) (C.A.), Southam Inc. v.	465
Canada (Attorney General) (T.D.), Rubin v.	642
Canada (C.A.), Angus v.	410
Canada (C.A.), Guaranty Properties Ltd.	337
Canada (C.A.), Verrier v.	3
Canada (C.A.), Williams v.	169
Canada (Copyright Board) (T.D.), CTV Television Network Ltd. v.	489
Canada (Human Rights Commission) v. Kerr (T.D.)	457
Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of External Affairs) (T.D.)	514
Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of External Affairs) (T.D.)	665
Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence) (T.D.)	22
Canada (Labour Relations Board) (C.A.), Nova Scotia Nurses Union, DEVCO Local v.	652
Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Letshou-Olembo (C.A.)	45
Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.), Dehghani v.	587

Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.), Longia v.	288
Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.), Rios v.	632
Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.), Salibian v.	250
Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.), Sheikh v.	238
Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.), Singh v.	37
Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.), Fong v.	705
Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.), Rubin v.	615
Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.), Saleh v.	314
Canada (Minister of External Affairs) (T.D.), Canada (Information Commissioner) v.	514
Canada (Minister of External Affairs) (T.D.), Canada (Information Commissioner) v.	665
Canada (Minister of National Defence) (T.D.), Canada (Information Commissioner) v.	22
Canada (Minister of National Defence) (T.D.), Duncan v.	560
Canada (Minister of National Defence) (T.D.), Naskapi-Montagnais Innu Assn. v.	381
Canada (National Parole Board) (T.D.), Milner v.	295
Canada (T.D.), Sweeney v.	445
Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co. (C.A.)	114
Cato (T.D.), Polo Ralph Lauren Corp. v.	541
Cork (C.A.), Canada v.	227

D

Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.)	587
Duncan v. Canada (Minister of National Defence) (T.D.)	560

F

Fong v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.)	705
--	-----

G

Groupe Permacon Inc. (T.D.), Risi Stone Ltd. v.	10
Guaranty Properties Ltd. v. Canada (C.A.)	337

J

Jackson v. Joyceville Penitentiary (T.D.)	55
Joyceville Penitentiary (T.D.), Jackson v.	55

K

Kerr (T.D.), Canada (Human Rights Commission) v.	457
--	-----

L

Letshou-Olembo (C.A.), Canada (Minister of Employment and Immigration) v.	45
Life Underwriters Assn. of Canada v. Provincial Assn. of Quebec Life Underwriters (C.A.)	500
Longia v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.)	288

M

M.N.R. v. Attaie (C.A.)	325
Milner v. Canada (National Parole Board) (T.D.)	295
Mondel Transport Inc. v. Afram Lines Ltd. (T.D.)	684
Mondel Transport Inc. v. Afram Lines Ltd. (T.D.)	701
Montres Rolex S.A. v. Balshin (T.D.)	353

N

N.M. Paterson & Sons Ltd. v. Birchglen (The) (T.D.)	301
Naskapi-Montagnais Innu Assn. v. Canada (Minister of National Defence) (T.D.)	381
Norsk Pacific Steamship Co. (C.A.), Canadian National Railway Co. v.	114
Nova Scotia Nurses Union, DEVCO Local v. Canada (Labour Relations Board) (C.A.)	652

P

Peter AB Widener (The) (C.A.), Rhône (The) v.	185
Polo Ralph Lauren Corp. v. Cato (T.D.)	541
Provincial Assn. of Quebec Life Underwriters (C.A.), Life Underwriters Assn. of Canada v.	500

R

Rhône (The) v. Peter AB Widener (The) (C.A.)	185
Rios v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.)	632
Risi Stone Ltd. v. Groupe Permacon Inc. (T.D.)	10
Rubin v. Canada (Attorney General) (T.D.)	642
Ruparel v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.)	615

S

Salèh v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.)	314
Salibian v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.)	250
Sheikh v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.)	238
Singh v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.)	37
Southam Inc. v. Canada (Attorney General) (C.A.)	465
Sweeney v. Canada (T.D.)	445

V

Verrier v. Canada (C.A.)	3
--------------------------	---

W

Warren (C.A.), Bradasch v.	32
Wellcome Foundation Ltd. v. Apotex Inc. (T.D.)	528
Williams v. Canada (C.A.)	169

TABLE
DES DÉCISIONS PUBLIÉES
DANS CE VOLUME

A

Afram Lines Ltd. (1 ^{re} inst.), Mondel Transport Inc. c.	684
Afram Lines Ltd. (1 ^{re} inst.), Mondel Transport Inc. c.	701
Alexandros G. Tsavlis (Le) (1 ^{re} inst.), Banco do Brasil S.A. c.	260
Alexandros G. Tsavlis (Le) (1 ^{re} inst.), Banco do Brasil S.A. c.	283
Angus c. Canada (C.A.)	410
Apotex Inc. (1 ^{re} inst.), Wellcome Foundation Ltd. c.	528
Attaie (C.A.), M.R.N. c.	325

B

Balshin (1 ^{re} inst.), Montres Rolex S.A. c.	353
Banco do Brasil S.A. c. Alexandros G. Tsavlis (Le) (1 ^{re} inst.)	260
Banco do Brasil S.A. c. Alexandros G. Tsavlis (Le) (1 ^{re} inst.)	283
Birchglan (Le) (1 ^{re} inst.), N.M. Paterson & Sons Ltd. c.	301
Bradasch c. Warren (C.A.)	32

C

CTV Television Network Ltd. c. Canada (Commission du droit d'auteur) (1 ^{re} inst.) ..	489
Canada c. Cork (C.A.)	227
Canada (C.A.), Angus c.	410
Canada (C.A.), Guaranty Properties Ltd. c.	337
Canada (C.A.), Verrier c.	3
Canada (C.A.), Williams c.	169
Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale) (1 ^{re} inst.)	22
Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre des Affaires extérieures) (1 ^{re} inst.)	514
Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre des Affaires extérieures) (1 ^{re} inst.)	665
Canada (Commission des droits de la personne) c. Kerr (1 ^{re} inst.)	457
Canada (Commission du droit d'auteur) (1 ^{re} inst.), CTV Television Network Ltd. c. .	489
Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles) (1 ^{re} inst.), Milner c. .	295
Canada (Conseil des relations du travail) (C.A.), Syndicat des infirmières de la Nouvelle-Écosse, section locale DEVCO c.	652

Canada (Ministre de la Défense nationale) (1 ^{re} inst.), Canada (Commissaire à l'information) c.	22
Canada (Ministre de la Défense nationale) (1 ^{re} inst.), Duncan c.	560
Canada (Ministre de la Défense nationale) (1 ^{re} inst.), Naskapi-Montagnais Innu Assn. c.	381
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Letshou-Olembo (C.A.)	45
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.), Dehghani c.	587
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.), Longia c.	288
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.), Salibian c.	250
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.), Sheikh c.	238
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.), Singh c.	37
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 ^{re} inst.), Fong c.	705
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 ^{re} inst.), Ruparel c.	615
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 ^{re} inst.), Saleh c.	314
Canada (Ministre des Affaires extérieures) (1 ^{re} inst.), Canada (Commissaire à l'information) c.	514
Canada (Ministre des Affaires extérieures) (1 ^{re} inst.), Canada (Commissaire à l'information) c.	665
Canada (1 ^{re} inst.), Sweeney c.	445
Canada (Procureur général) (C.A.), Southam Inc. c.	465
Canada (Procureur général) (1 ^{re} inst.), Rubin c.	642
Cato (1 ^{re} inst.), Polo Ralph Lauren Corp. c.	541
Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co. (C.A.)	114
Cork (C.A.), Canada c.	227

D

Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.)	587
Duncan c. Canada (Ministre de la Défense nationale) (1 ^{re} inst.)	560

F

Fong c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 ^{re} inst.)	705
---	-----

G

Groupe Permacon Inc. (1 ^{re} inst.), Risi Stone Ltd. c.	10
Guaranty Properties Ltd. c. Canada (C.A.)	337

J

Jackson c. Pénitencier de Joyceville (1 ^{re} inst.)	55
--	----

K

Kerr (1 ^{re} inst.), Canada (Commission des droits de la personne) c.	457
--	-----

L

L'Assoc. des Assureurs-Vie du Canada c. L'Assoc. Provinciale des Assureurs-Vie du Québec (C.A.)	500
L'Assoc. Provinciale des Assureurs-Vie du Québec (C.A.), L'Assoc. des Assureurs-Vie du Canada c.	500
Letshou-Olembo (C.A.), Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c.	45
Longia c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.)	288

M

M.R.N. c. Attaie (C.A.)	325
Milner c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles) (1 ^{re} inst.)	295
Mondel Transport Inc. c. Afram Lines Ltd. (1 ^{re} inst.)	684
Mondel Transport Inc. c. Afram Lines Ltd. (1 ^{re} inst.)	701
Montres Rolex S.A. c. Balshin (1 ^{re} inst.)	353

N

N.M. Paterson & Sons Ltd. c. Birchglen (Le) (1 ^{re} inst.)	301
Naskapi-Montagnais Innu Assn. c. Canada (Ministre de la Défense nationale) (1 ^{re} inst.)	381
Norsk Pacific Steamship Co. (C.A.), Cie des chemins de fer nationaux du Canada c.	114

P

Pénitencier de Joyceville (1 ^{re} inst.), Jackson c.	55
Peter AB Widener (Le) (C.A.), Rhône (Le) c.	185
Polo Ralph Lauren Corp. c. Cato (1 ^{re} inst.)	541

R

Rhône (Le) c. Peter AB Widener (Le) (C.A.)	185
Rios c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.)	632
Risi Stone Ltd. c. Groupe Permacon Inc. (1 ^{re} inst.)	10
Rubin c. Canada (Procureur général) (1 ^{re} inst.)	642
Ruparel c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 ^{re} inst.)	615

S

Saleh c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 ^{re} inst.)	314
Salibian c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.)	250
Sheikh c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.)	238
Singh c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.)	37
Southam Inc. c. Canada (Procureur général) (C.A.)	465
Sweeney c. Canada (1 ^{re} inst.)	445
Syndicat des infirmières de la Nouvelle-Écosse, section locale DEVCO c. Canada (Conseil des relations du travail) (C.A.)	652

V

Verrier c. Canada (C.A.)	3
------------------------------------	---

W

Warren (C.A.), Bradasch c.	32
Wellcome Foundation Ltd. c. Apotex Inc. (1 ^{re} inst.)	528
Williams c. Canada (C.A.)	169

CONTENTS OF THE VOLUME

	PAGE
ACCESS TO INFORMATION	
Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of External Affairs) (T.D.) (T-1042-86, T-1090-86, T-1200-86)	514
Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of External Affairs) (T.D.) (T-895-88)	665
Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence) (T.D.) (T-746-88)	22
Glaxo Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare) (A-39-90)	D-15
X v. Canada (Minister of National Defence) (T-1112-89)	D-15
AIR LAW	
<i>See also:</i> Federal Court Jurisdiction, D-41; Transportation, D-13	
Canada (Attorney General) v. Kinsella (A-810-88)	D-1
ANTI-DUMPING	
Deputy M.N.R., Customs and Excise v. Liberty Home Products Corp. (A-136-87)	D-15
ARMED FORCES	
<i>See also:</i> Federal Court Jurisdiction, D-18; Practice, D-26	
Canada v. Benoit (T-1296-87)	D-15
Duncan v. Canada (Minister of National Defence) (T.D.) (T-2094-89)	560
Fontaine v. Canada (Minister of National Defence) (T-1756-90)	D-15
Levesque v. Canada (T-2390-90)	D-29
Naskapi-Montagnais Innu Assn. v. Canada (Minister of National Defence) (T.D.) (T-450-90)	381
BARRISTERS AND SOLICITORS	
Sheikh v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.) (A-521-89)	238
BILL OF RIGHTS	
<i>See:</i> Foreign Investment Review, D-4; Patents, D-43	
CITIZENSHIP	
Obront v. Canada (Secretary of State) (T-1573-90)	D-1

	PAGE
CITIZENSHIP—Continued	
Knowledge Requirements	
Hokayem (Re) (T-583-90)	D-41
CIVIL CODE	
<i>See also:</i> Crown, D-17	
Boucher v. Canada (T-2315-88)	D-16
Canada v. Gianoulas (T-3462-80)	D-16
Formation routière des carrières Inc. (Re) (ITA-2715-89)	D-16
COMBINES	
Lake Ontario Cement v. Canada (Director of Investigation and Research) (T-672-90)	D-16
CONFLICT OF LAWS	
Banco do Brasil S.A. v. Alexandros G. Tsavlis (The) (T.D.) (T-1174-87, T-1381-87)	260
Singh v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.) (A-1188-88, A-259-89)	37
CONSTITUTIONAL LAW	
<i>See also:</i> Armed Forces, D-15; Combines, D-16; Federal Court Jurisdiction, D-18; Foreign Claims, D-4; Parole, D-36; Patents, D-43; Penitentiaries, D-25; Unemployment Insurance, D-14	
Charter of Rights	
<i>Criminal Process</i>	
Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.) (A-476-89)	587
Jackson v. Joyceville Penitentiary (T.D.) (T-1934-87)	55
<i>Enforcement</i>	
Southam Inc. v. Canada (Attorney General) (C.A.) (A-309-89)	465
<i>Equality Rights</i>	
Jackson v. Joyceville Penitentiary (T.D.) (T-1934-87)	55
Nova Scotia Nurses Union, DEVCO Local v. Canada (Labour Relations Board) (C.A.) (A-973-87)	652
Rubin v. Canada (Attorney General) (T.D.) (T-2581-89)	642
Ruparel v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.) (T-1322-88)	615

CONSTITUTIONAL LAW—Continued**Charter of Rights—Continued*****Fundamental Freedoms***

Nova Scotia Nurses Union, DEVCO Local v. Canada (Labour Relations Board) (C.A.) (A-973-87)	652
---	-----

Life, Liberty and Security

Duncan v. Canada (Minister of National Defence) (T.D.) (T-2094-89)	560
Jackson v. Joyceville Penitentiary (T.D.) (T-1934-87)	55

Limitation Clause

Jackson v. Joyceville Penitentiary (T.D.) (T-1934-87)	55
---	----

Distribution of Powers

Bradasch v. Warren (C.A.) (A-132-89, A-133-89, A-134-89)	32
Life Underwriters Assn. of Canada v. Provincial Assn. of Quebec Life Underwriters (C.A.) (A-744-88)	500

CONSTRUCTION OF STATUTES

See also: Anti-Dumping, D-15; Customs and Excise, D-17, D-18; Environment, p. 10; Federal Court Jurisdiction, p. 25; Income Tax D-34; Judicial Review, D-23; Labour Relations, D-23

Canada (Attorney General) v. Sneyd (A-430-89)	D-1
Milner v. Canada (National Parole Board) (T.D.) (T-107-90)	295
Ruparel v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.) (T-1322-88)	615
Singh v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.) (A-1188-88, A-259-89)	37
Williams v. Canada (C.A.) (A-7-89)	169

CONTRACTS

See also: Crown, D-3, D-17, D-29; Maritime Law, D-7, D-36

Casden v. Cooper Enterprises Ltd. (T-442-88)	D-1
--	-----

COPYRIGHT

CTV Television Network Ltd. v. Canada (Copyright Board) (T.D.) (T-2963-89)	489
Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Copyright Appeal Board) (A-564-87)	D-16
Hawley v. Canada (T-877-88)	D-2

	PAGE
COPYRIGHT—Continued	
Damages	
Performing Rights Organization of Canada Ltd. v. Greening (T-1878-87) . . .	D-16
CORPORATIONS	
<i>See also:</i> Contracts, D-2; Income Tax, p. 337	
Laboratoire Dr. Renaud Inc. v. 537500 Ontario Ltd. (T-1772-89)	D-2
CREDITORS AND DEBTORS	
<i>See also:</i> Civil Code, D-16; Income Tax, D-43; Native Peoples, D-8	
335114 Alberta Ltd. v. Canada (T-1213-87)	D-2
Williams v. Canada (C.A.) (A-7-89)	169
CROWN	
<i>See also:</i> Federal Court Jurisdiction, p. 32, D-18, D-41	
Contracts	
Av-Tech Inc. v. Canada (T-67-86)	D-29
Bruit Bleu Sonorisation Inc. v. National Capital Commission (T-1704-90) . .	D-17
Glenview Corp. v. Canada (Minister of Public Works) (T-952-90)	D-2
Ontario Cruisemarine Ltd. v. Canada (T-2181-85)	D-29
Torts	
Côté v. Canada (T-1052-87)	D-30
Dupont v. Canada (T-2538-83)	D-17
Platts v. Canada (T-2653-85)	D-29
CUSTOMS AND EXCISE	
Anderson v. Canada (Deputy M.N.R., Customs and Excise) (T-2863-89) . . .	D-41
Customs Act	
Mattu v. M.N.R. (T-675-89)	D-3
Customs Tariff	
Deltonic Trading Corp. v. Deputy M.N.R., Customs and Excise (A-934-88) .	D-17
Montres Rolex S.A. v. Balshin (T.D.) (T-2355-86)	353
Excise Act	
Canadian Imperial Bank of Commerce v. M.N.R. (T-912-90)	D-17
Excise Tax Act	
Enseignes Imperial Signs Ltée v. M.N.R. (A-264-89)	D-18
Tricolor Prolab Ltd. v. Canada (T-703-88)	D-30

ENERGY

Industrial Gas Users Assn. v. Canada (National Energy Board) (T-2984-89)	D-30
--	------

ENVIRONMENT

Angus v. Canada (C.A.) (A-21-90)	410
International Wildlife Coalition v. Canada (Ministry of Oceans and Fisheries) (T-2181-90)	D-30
Lifeforce Foundation v. Canada (Minister of Oceans and Fisheries) (T-2201-90)	D-30
Lifeforce Foundation v. Canada (Minister of Oceans and Fisheries) (T-2201-90)	D-31
Naskapi-Montagnais Innu Assn. v. Canada (Minister of National Defence) (T.D.) (T-450-90)	381
Provirotect Inc. v. Canada (Minister of Environment) (T-2059-90)	D-18

EQUITY

See: Trade Marks, D-12

ESTOPPEL

See: Immigration, D-20

EXPROPRIATION

Canada (Attorney General) v. Fitzgerald (T-1133-85)	D-31
---	------

FEDERAL COURT JURISDICTION

See also: Armed Forces, D-29; Civil Code, D-16; Environment, D-31;
Income Tax, D-33; Native Peoples, D-8; Patents, D-44

Enoch Indian Band v. Canada (T-2849-84)	D-18
Perkins v. Canada (T-706-90)	D-18
Peter Cremer Befrachtungskontor GMBH v. McGregor Cory Cargo Services B.V. (A-279-89)	D-41
Webster v. Canada (T-758-90)	D-41

Appeal Division

Salibian v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.) (A-479-89)	250
--	-----

Trial Division

Aztec Aviation Consulting Ltd. v. Canada (T-3017-89)	D-3
Baker Cummins Pharmaceuticals Inc. v. Dormer Laboratories Inc. (T-275-89)	D-31
Bradasch v. Warren (C.A.) (A-132-89, A-133-89, A-134-89)	32
Brydges v. Kinsman (T-396-89)	D-18
Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence) (T.D.) (T-746-88)	22

	PAGE
FEDERAL COURT JURISDICTION—Continued	
Trial Division—Continued	
Charles R. Bell Ltd. v. Stephanie Colleen (The) (T-2606-89)	D-3
Kibale v. Canada (Secretary of State Department) (T-2090-90)	D-31
Multimodal Inc. v. M.N.R. (T-1679-90)	D-31
Shogun Seafoods (1985), Ltd. v. "Simon Fraser No. 1" (The) (T-573-90) . .	D-4
Southam Inc. v. Canada (Attorney General) (C.A.) (A-309-89)	465
Standal Estate v. Swecan International Ltée (T-3509-80)	D-31
 FINANCIAL INSTITUTIONS	
Caisse Populaire Laurier v. Canada (T-1008-86)	D-4
 FOREIGN CLAIMS	
Janitzki v. Canada (Health and Welfare) (T-97-89)	D-4
 FOREIGN INVESTMENT REVIEW	
Canada (Attorney General) v. Central Cartage Co. (A-307-89)	D-4
 FOREIGN TRADE	
<i>See:</i> Judicial Review, D-35	
 HUMAN RIGHTS	
Canada (Human Rights Commission) v. Kerr (T.D.) (T-1326-90)	457
Holden v. Canadian National Railway (A-151-89)	D-4
 IMMIGRATION	
<i>See also:</i> Judicial Review, D-36	
Bola v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-417-88) . . .	D-4
Brar v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.) (A-259-89, A-1188-88), see Singh v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.) (A-1188-88, A-259-89)	37
Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Jiwanpuri (A-333-89)	D-5
Fong v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.) (T-292-90)	705
Gassmann v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T-1559-90)	D-32
Gill v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T-630-90)	D-19
Ho v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-187-89)	D-5
Longia v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.) (A-336-89)	288
Quines v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T-2180-90) .	D-32
Ruparel v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.) (T-1322-88)	615

IMMIGRATION—Continued

Singh v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.) (A-1188-88, A-259-89)	37
--	----

Deportation

Juarez v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T-1062-90) . .	D-32
Muehlfellner v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-72-89)	D-32
Naredo v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T-1985-89) .	D-19
Pacheco v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-623-89) .	D-20
Rios v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.) (A-5-90)	632
Urroz Rios v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.) (A-5-90), see Rios v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.)	632

Practice

Abar v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-523-90) . . .	D-32
Leong v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (90-T-636) . .	D-5
Mashinini v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-523-89)	D-32
Saleh v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.) (T-2012-89)	314

Refugee Status

Ardon v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-2-90)	D-6
Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Letshou-Olemba (C.A.) (A-440-89)	45
Cheung v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-100-90) .	D-33
Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.) (A-476-89)	587
Leung v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-480-89) . .	D-33
Salibian v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.) (A-479-89)	250
Sheikh v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.) (A-521-89)	238
Toor v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T-851-90) . . .	D-6
Vasquez v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-574-87) .	D-20
Velasquez v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-29-90)	D-33

INCOME TAX

See also: Federal Court Jurisdiction, D-19

Bodrug Estate v. Canada (T-607-87)	D-33
Bougie v. Canada (T-681-88, ITA-3836-86)	D-20
Canada v. Golbeck (A-613-90, A-614-90)	D-33
Rahey v. M.N.R. (A-558-89)	D-33

	PAGE
INCOME TAX—Continued	
Prince Albert Pulp Co. v. Canada (T-1986-86)	D-33
Associated Companies	
Alberta Gas Ethylene Co. v. Canada (A-1208-88)	D-20
Guaranty Properties Ltd. v. Canada (C.A.) (A-120-87)	337
Corporations	
International Mercantile Factors Ltd. v. Canada (T-261-86, T-262-86, T-263-86, T-264-86)	D-20
Exemptions	
Williams v. Canada (C.A.) (A-7-89)	169
Income Calculation	
H. Baur Investments Ltd. v. M.N.R. (T-538-88)	D-6
Haro Pacific Enterprises Ltd. v. Canada (T-2059-86)	D-41
Huffman v. Canada (A-1204-88)	D-21
Mohawk Oil Co. v. Canada (T-1935-88)	D-21
Reeson Investments Ltd. v. Canada (T-724-89)	D-33
Capital Gains	
Sweeney v. Canada (T.D.) (T-1903-87)	445
Watkins v. Canada (T-2282-85)	D-21
Deductions	
Canada v. Cork (C.A.) (A-1185-84)	227
Douglas v. M.N.R. (T-6-87)	D-34
M.N.R. v. Attaie (C.A.) (A-1082-87)	325
Nowasco Well Service Ltd. v. Canada (A-636-88)	D-22
Splane v. Canada (T-1784-88, T-1877-88)	D-21
Verrier v. Canada (C.A.) (A-1040-88)	3
Wil Mechanical Ltd. v. Canada (T-603-86)	D-42
Farming	
Canada v. Service d'administration Champlain Inc. (T-1100-86)	D-22
Dand Auto Parts Ltd. v. Canada (T-1514-85)	D-42
Income or Capital Gain	
Charles R. Bell Ltd. v. Canada (T-451-88)	D-34
Forest Lane Holdings Ltd. v. M.N.R. (T-752-87)	D-34
Hertel v. Canada (T-1745-88)	D-22
King Edward Hotel (Calgary) Ltd. v. M.N.R. (T-436-85)	D-34
W. Hanley & Co. v. Canada (T-575-83)	D-6

INCOME TAX—Continued**Non-Residents**

Hale v. Canada (T-2770-86)	D-34
----------------------------------	------

Practice

Licht v. M.N.R. (T-2483-90)	D-35
Oro Del Norte, S.A. v. Canada (T-1947-86)	D-6

Reserves

Regina Shoppers Mall Ltd. v. Canada (T-1199-88)	D-7
---	-----

Seizures

Cameron v. Canada (T-1633-85)	D-42
M.N.R. v. Canadian Bio-Mass Research (T-988-87)	D-43

INJUNCTIONS

See also: Patents, D-25; Trade Marks, D-11, D-12, D-45; Transportation, D-13, D-27

Montres Rolex S.A. v. Balshin (T.D.) (T-2355-86)	353
--	-----

INSURANCE

Life Underwriters Assn. of Canada v. Provincial Assn. of Quebec Life Underwriters (C.A.) (A-744-88)	500
---	-----

INTERNATIONAL LAW

Naskapi-Montagnais Innu Assn. v. Canada (Minister of National Defence) (T.D.) (T-450-90)	381
--	-----

JUDGES AND COURTS

See: Penitentiaries, D-25

JUDICIAL REVIEW

See also: Customs and Excise, D-41; Environment, D-31; Federal Court Jurisdiction, p. 251; Foreign Claims, D-4; Immigration, p. 705, D-5, D-32; Labour Relations, D-7; Parole, D-36; Public Service, D-39; Unemployment Insurance, D-27

Prêt-à-Porter Orly Ltd. v. Canada (T-131-88)	D-35
--	------

Applications to Review

Burke v. Canada (Immigration and Employment Commission) (A-205-89) ..	D-23
Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Letshou- Olembo (C.A.) (A-440-89)	45
Longia v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.) (A-336-89)	288

JUDICIAL REVIEW—Continued**Prerogative Writs**

Naskapi-Montagnais Innu Assn. v. Canada (Minister of National Defence) (T.D.) (T-450-90)	381
---	-----

Certiorari

Angus v. Canada (C.A.) (A-21-90)	410
Canada (Human Rights Commission) v. Kerr (T.D.) (T-1326-90)	457
Choi v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T-328-90)	D-35

Prohibition

Duncan v. Canada (Minister of National Defence) (T.D.) (T-2094-89)	560
Saleh v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.) (T-2012-89)	314

LABOUR RELATIONS

See also: Public Service, D-39

Canada Post Corp. v. Letter Carriers' Union of Canada (A-64-89)	D-23
National Association of Broadcast Employees and Technicians v. Canada (House of Commons) (A-411-89)	D-7
Nova Scotia Nurses Union, DEVCO Local v. Canada (Labour Relations Board) (C.A.) (A-973-87)	652
Réseau de Télévision Quatre Saisons Inc. v. Syndicat des Employé-es de Télévision Quatre Saisons (FNC-CSN) (A-1066-88)	D-7
Srougi v. Canada (Arbitrator Labour Code) (A-135-89)	D-23

MARITIME LAW

See also: Contracts, D-2; Federal Court Jurisdiction, D-3, D-4, D-41; Master and Servant, D-24; Torts, D-11

Carriage of Goods

Francosteel Corp. v. Fednav Ltd. (T-1699-85)	D-43
--	------

Contracts

Borenstein v. Cast North America (1983) Inc. (T-1897-86)	D-7
Casden v. Cooper Enterprises Ltd. (T-442-88)	D-36
Crane Canada Inc. v. Golden Princess (The) (T-1426-90)	D-36
Rhône (The) v. Peter AB Widener (The) (C.A.) (A-408-88, A-409-88)	185

Liens and Mortgages

N.M. Paterson & Sons Ltd. v. Birchglen (The) (T.D.) (T-1162-89)	301
---	-----

MARITIME LAW—Continued**Practice**

- N. M. Paterson & Sons Ltd. v. CO.PR.A. International S.R.L. (T-3027-89) . . . D-43

Torts

- Banco do Brasil S.A. v. Alexandros G. Tsavliris (The) (T.D.) (T-1174-87,
T-1381-87) 260
- Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co. (C.A.)
(A-226-89) 114
- Clark v. Kona Winds Yacht Charters Ltd. (T-1756-88) D-23
- Mondel Transport Inc. v. Afram Lines Ltd. (T.D.) (T-2182-86) 684
- Rhône (The) v. Peter AB Widener (The) (C.A.) (A-408-88, A-409-88) 185

MASTER AND SERVANT

- Anstey v. Fednav Offshore Inc. (T-2715-86, T-346-87) D-24

NATIVE PEOPLES

See also: Practice, D-26

- Miawpukek Band v. Miawpukek Band (T-1311-88) D-7
- Naskapi-Montagnais Innu Assn. v. Canada (Minister of National Defence)
(T.D.) (T-450-90) 381
- Sebastien v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)
(T-1154-89) D-43
- Westbank Indian Band v. Robertson (T-340-89) D-8

Taxation

- Williams v. Canada (C.A.) (A-7-89) 169

OFFICIAL LANGUAGES

See: Customs and Excise, D-17

PAROLE

See also: Privacy, D-35

- Cardinal v. Canada (National Parole Board) (T-2146-90) D-36
- Faulkner v. Canada (National Parole Board) (T-2153-90) D-36
- Jones v. Canada (T-218-90) D-36
- MacInnis v. Canada (Solicitor General) (T-1341-90) D-24
- McClarty v. Canada (National Parole Board) (A-991-88) D-24
- Milner v. Canada (National Parole Board) (T.D.) (T-107-90) 295

PATENTS

See also: Federal Court Jurisdiction, D-31; Practice, p. 10

- Amsted Industries Inc. v. Wire Rope Industries Ltd. (A-1130-88) D-24
- Imperial Chemical Industries PLC v. Apotex Inc. (T-1513-88) D-43

PATENTS—Continued**Infringement**

R. W. Blacktop Ltd. v. Artec Equipment Co. (T-859-90)	D-25
Wellcome Foundation Ltd. v. Apotex Inc. (T.D.) (T-1458-90)	528

Practice

Flexi-Coil Ltd. v. F.P. Bourgault Industries Air Seeder Division Ltd. (T-418-87)	D-44
Kimberley-Clark Corp. v. Procter & Gamble Inc. (T-2618-89)	D-8
Poly Foam Products Ltd. v. Cascades Sentinel Ltd. (T-1587-85)	D-8
Wellcome Foundation Ltd. v. Apotex Inc. (T.D.) (T-1458-90)	528

PENITENTIARIES

See also: Copyright, D-2

Allan v. Canada (Commissioner of Corrections) (T-842-89)	D-37
Hanna v. Matsqui Institution (T-1479-90)	D-25
Jackson v. Joyceville Penitentiary (T.D.) (T-1934-87)	55
Larochelle v. Canada (T-2796-89)	D-37
Veyssey v. Canada (Commissioner of the Correctional Service) (A-557-89)	D-8

POSTAL SERVICE

See: Labour Relations, D-23

PRACTICE

See also: Civil Code, D-16; Corporations, D-2; Creditors and Debtors, D-2; Customs and Excise, D-3; Environment, D-31; Federal Court Jurisdiction, p. 32, D-3, D-4, D-18, D-31; Foreign Investment Review, D-4; Immigration, D-6, D-19, D-32; Income Tax, D-7; Maritime Law, D-43; Patents, D-8, D-44; Trade Marks, D-12, D-27, D-39

Anderson v. Nascor Inc. (T-405-90)	D-25
Lower Kootenay Indian Band v. Canada (T-16-90)	D-44
Schubert Industries Inc. v. Matelas Princesse Ltée. (T-2067-89)	D-8

Contempt of Court

Hugo Boss A.G. v. Sudsy's Enterprises Inc. (T-997-88)	D-37
Polo Ralph Lauren Corp. v. Cato (T.D.) (T-892-88)	541

Costs

Atlantic Warehouses Ltd. v. Canada (A-576-85)	D-37
Bénédictine Distillerie de la Liqueur de l'ancienne abbaye de Fécamp v. John Labatt Ltée (T-1641-89)	D-37
Carling O'Keefe Breweries of Canada Ltd. v. Anheuser-Busch, Inc. (T-298-80)	D-9
Carling O'Keefe Breweries of Canada Ltd. v. Anheuser-Busch, Inc. (A-14-83)	D-9

PRACTICE—Continued**Costs—Continued**

Eli Lilly and Co. v. O'Hara Manufacturing Ltd. (A-372-88)	D-37
Eli Lilly and Co. v. O'Hara Manufacturing Ltd. (T-1759-83)	D-44
Rubin v. Canada (Attorney General) (T.D.) (T-2581-89)	642
TNT Canada Inc. v. T.N.T. Motor Lines Ltd. (T-4637-81)	D-9
TNT Canada Inc. v. T.N.T. Motor Lines Ltd. (T-4637-81)	D-9

Discovery*Examination for Discovery*

Procter & Gamble Co. v. Kimberly-Clark of Canada Ltd. (T-1493-86)	D-38
---	------

Production of Documents

ABC Extrusion Co. v. Sightech Inc. (T-1061-86)	D-44
Unilever PLC v. Procter & Gamble Inc. (T-2534-85)	D-25

Dismissal of Proceedings*Want of Prosecution*

Balmer v. Canada (T-2813-84)	D-10
Nichols v. Canada (T-3094-79)	D-9

Evidence

Cook's Ferry Band v. Cook's Ferry Band (Council) (A-368-89)	D-26
---	------

Commission Evidence

Sarcee Band of Indians v. Canada (A-120-90)	D-10
---	------

Judgments and Orders*Reversal or Variation*

Banco do Brasil S.A. v. Alexandros G. Tsavlis (The) (T.D.) (T-1174-87, T-1381-87)	283
Boateng v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (90-A-1313)	D-10
Life Underwriters Assn. of Canada v. Provincial Assn. of Quebec Life Underwriters (C.A.) (A-744-88)	500
Mondel Transport Inc. v. Afram Lines Ltd. (T.D.) (T-2182-86)	701

Stay of Execution

Derome v. Canada (T-2121-90)	D-26
Gassmann v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T-1559-90)	D-38

	PAGE
PRACTICE—Continued	
Judgments and Orders—Continued	
<i>Stay of Execution—Continued</i>	
Iberia Airlines of Spain S.A. v. Canadian Union of Public Employees, Local 4027 (T-1801-90)	D-26
Parties	
Montres Rolex S.A. v. Balshin (T.D.) (T-2355-86)	353
Rubin v. Canada (Attorney General) (T.D.) (T-2581-89)	642
<i>Intervention</i>	
Industrial Gas Users Assn. v. Canada (National Energy Board) (T-2984-89) .	D-44
<i>Standing</i>	
Ruparel v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.) (T-1322-88)	615
Pleadings	
<i>Motion to Strike</i>	
Aris Isotoner Inc. v. Ranka Enterprises Inc. (T-30-90)	D-38
Canada v. Air Canada (T-373-88)	D-26
94272 Canada Ltd. v. Moffatt (T-520-90)	D-10
Rubin v. Canada (Attorney General) (T.D.) (T-2581-89)	642
Taylor Estate v. Canada (Attorney General) (T-818-90)	D-10
Privilege	
Risi Stone Ltd. v. Groupe Permacon Inc. (T.D.) (T-1005-89)	10
References	
Laveder Inc. v. Khee Ryoong Commerce & Transport Co. (T-1686-88)	D-38
Representation by Attorney or Solicitor	
Shibamoto & Co. v. Western Fish Producers, Inc. (Trustee of) (T-1810-88) .	D-26
Variation of Time	
De Korompay v. Ontario Hydro (T-377-88)	D-26
PRIVACY	
Shepherd v. Canada (Solicitor General) (T-2128-88)	D-38

PUBLIC SERVICE

Professional Institute of the Public Service v. Canada (A-64-90) D-45

Appeals

Homstel v. Canada (Public Service Commission Appeal Board) (A-303-89) D-10

MacKintosh v. Canada (Public Service Commission Appeal Board)
(A-459-89) D-38

Jurisdiction

Alliance of Canadian Cinema, Television and Radio Artists v. Canada (Public
Service Staff Relations Board) (A-61-90) D-39

Labour Relations

Public Service Alliance of Canada v. Canada (Treasury Board) (T-346-90) D-39

Practice

Craig v. Love (A-165-90) D-39

Termination of Employment

Mudarth v. Canada (Minister of Public Works) (A-1189-88) D-39

RAILWAYS

Angus v. Canada (C.A.) (A-21-90) 410

Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co. (C.A.)
(A-226-89) 114

TORTS

See also: Crown, D-17, D-30; Maritime Law, p. 684, D-23

Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co. (C.A.)
(A-226-89) 114

Negligence

Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co. (T-552-88) D-10

TRADE MARKS

Ayotte v. Aliments Trans Gras Inc. (T-686-88) D-11

Novopharm Ltd. v. Nu-Pharm Inc. (T-3015-89) D-11

Infringement

HQ Network Systems, Inc. v. HQ Office Supplies Warehouse, Inc.
(T-589-90) D-11

Molson Breweries v. Moosehead Breweries Ltd. (T-1963-90) D-45

Montres Rolex S.A. v. Balshin (T.D.) (T-2355-86) 353

Newport Fan Co. v. Beaver Lumber Co. (T-2016-89) D-11

Singer Co. v. Adam's Knit and Sew Center Ltd. (T-248-89) D-26

TRADE MARKS—Continued**Practice**

Maxim's Ltd. v. Maxim's Bakery Ltd. (T-406-89)	D-12
Meredith & Finlayson v. Canada (Registrar of Trade Marks) (T-1108-90) . .	D-12
Meredith & Finlayson v. Canada (Registrar of Trade Marks) (T-1108-90) . .	D-39
Polo Ralph Lauren Corp. v. Cato (T.D.) (T-892-88)	541
Wellcome Foundation Ltd. v. Apotex Inc. (T-1458-90)	D-12
White Consolidated Industries Inc. v. Beam of Canada Inc. (T-343-90)	D-26

Registration

John Labatt Ltd. v. Molson Companies Ltd. (T-458-85)	D-12
Triple G. Manufacturing Inc. v. Work Wear Corp. (T-1635-88)	D-27

TRANSPORTATION

Air Atonabee Ltd. v. Toronto Harbour Commissioners (T-792-90)	D-12
Toronto (City) v. Canada (Minister of Transport) (T-816-90)	D-13
Toronto (City) v. Canada (Minister of Transport) (T-816-90, T-792-90)	D-27

UNEMPLOYMENT INSURANCE

See also: Construction of Statutes, D-1

Canada (Attorney General) v. Enns (A-559-89)	D-45
Canada (Attorney General) v. Kelly (A-106-89)	D-28
Canada (Attorney General) v. Kowalchuk (A-1191-88)	D-13
Canada (Attorney General) v. Plourde (A-80-90)	D-45
Canada (Attorney General) v. Quesnelle (A-456-89)	D-45
Chartier v. Canada (Employment and Immigration Commission) (A-42-90) . .	D-40
Clarke v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (A-295-89) . .	D-13
Clegg v. Canada (Umpire, Unemployment Insurance Act, 1971) (A-313-89)	D-14
Garnet Medicraft v. Canada (A-234-89)	D-45
Houle v. Canada (Employment and Immigration Commission) (T-1766-89) . .	D-27
Jacob v. Canada (Employment and Immigration Commission) (T-1764-89) . .	D-27
Lépine v. Canada (Employment and Immigration Commission) (A-78-89) . .	D-27
Lépine v. M.N.R. (A-509-89)	D-39
L'Heureux v. Canada (Employment and Immigration Commission) (T-1763-89)	D-27
Mony v. Canada (Employment and Immigration Commission) (A-94-90) . . .	D-46
Portelance v. Canada (Employment and Immigration Commission) (T-1765-89)	D-27
Riverin v. Canada (Employment and Immigration Commission) (T-1762-89)	D-27
Williams v. Canada (C.A.) (A-7-89)	169

VETERANS

Fillmore v. Canada (Veterans Appeal Board) (A-273-89)	D-28
---	------

TABLE DES MATIÈRES DU VOLUME

	PAGE
ACCÈS À L'INFORMATION	
Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale) (1 ^{re} inst.) (T-746-88)	22
Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre des Affaires extérieures) (1 ^{re} inst.) (T-1042-86, T-1090-86, T-1200-86)	514
Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre des Affaires extérieures) (1 ^{re} inst.) (T-895-88)	665
Glaxo Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social) (A-39-90)	F-19
X c. Canada (Ministre de la Défense nationale) (T-1112-89)	F-19
 ANCIENS COMBATTANTS	
Fillmore c. Canada (Tribunal d'appel des anciens combattants) (A-273-89)	F-19
 ANTIDUMPING	
Sous-ministre M.R.N., Douanes et Accise c. Liberty Home Products Corp. (A-136-87)	F-19
 ASSURANCE	
L'assoc. des Assureurs-Vie du Canada c. L'Assoc. Provinciale des Assureurs-Vie du Québec (C.A.) (A-744-88)	500
 ASSURANCE-CHÔMAGE	
<i>Voir aussi:</i> Interprétation des lois, F-10	
Canada (Procureur général) c. Enns (A-559-89)	F-53
Canada (Procureur général) c. Kelly (A-106-89)	F-20
Canada (Procureur général) c. Kowalchuk (A-1191-88)	F-1
Canada (Procureur général) c. Plourde (A-80-90)	F-53
Canada (Procureur général) c. Quesnelle (A-456-89)	F-53
Chartier c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration) (A-42-90)	F-37
Clarke c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-295-89)	F-1
Clegg c. Canada (Arbitre, Loi de 1971 sur l'assurance-chômage) (A-313-89)	F-1
Garnet Medicraft c. Canada (A-234-89)	F-53
Houle c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration) (T-1766-89)	F-19
Jacob c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration) (T-1764-89)	F-19
Lépine c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration) (A-78-89)	F-20
Lépine c. M.R.N. (A-509-89)	F-37

ASSURANCE-CHÔMAGE—Suite

L'Heureux c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration) (T-1763-89)	F-19
Mony c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration) (A-94-90) . .	F-54
Portelance c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration) (T-1765-89)	F-19
Riverin c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration) (T-1762-89)	F-19
Williams c. Canada (C.A.) (A-7-89)	169

AVOCATS ET PROCUREURS

Sheikh c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.) (A-521-89)	238
--	-----

BREVETS

Voir aussi: Compétence de la Cour fédérale, F-37; Pratique, p. 10

Amsted Industries Inc. c. Wire Rope Industries Ltd. (A-1130-88)	F-20
Imperial Chemical Industries PLC c. Apotex Inc. (T-1513-88)	F-54

Contrefaçon

R. W. Blacktop Ltd. c. Artec Equipement Co. (T-859-90)	F-21
Wellcome Foundation Ltd. c. Apotex Inc. (1 ^{re} inst.) (T-1458-90)	528

Pratique

Flexi-Coil Ltd. c. F.P. Bourgault Industries Air Seeder Division Ltd. (T-418-87)	F-54
Kimberley-Clark Corp. c. Procter & Gamble Inc. (T-2618-89)	F-2
Poly Foam Products Ltd. c. Cascades Sentinel Ltd. (T-1587-85)	F-2
Wellcome Foundation Ltd. c. Apotex Inc. (1 ^{re} inst.) (T-1458-90)	528

CHEMINS DE FER

Angus c. Canada (C.A.) (A-21-90)	410
Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co. (C.A.) (A-226-89)	114

CITOYENNETÉ

Obront c. Canada (Secrétariat d'État) (T-1573-90)	F-2
---	-----

Connaissances requises

Hokayem (Re) (T-583-90)	F-55
-----------------------------------	------

COALITIONS

Ciment Lac Ontario c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches) (T-6720-90)	F-21
--	------

CODE CIVIL

Voir aussi: Couronne, F-24

Boucher c. Canada (T-2315-88)	F-21
Canada c. Gianoulis (T-3462-80)	F-21
Formation routière des carrières Inc. (Re) (ITA-2715-89)	F-22

COMMERCE EXTÉRIEUR

Voir: Contrôle judiciaire, F-38

COMMETTANT ET PRÉPOSÉ

Anstey c. Fednav Offshore Inc. (T-2715-86)	F-22
--	------

COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE

Voir aussi: Brevets, F-54; Code civil, F-22; Environnement, F-41; Forces armées, F-43; Impôt sur le revenu, F-45; Peuples autochtones, F-12

Bande indienne Enoch c. Canada (T-2849-84)	F-22
Perkins c. Canada (T-706-90)	F-23
Peter Cremer Befrachtungskontor GMBH c. McGregor Cory Cargo Services B.V. (A-279-89)	F-55
Webster c. Canada (T-758-90)	F-55

Section d'appel

Salibian c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.) (A-479-89)	250
--	-----

Section de première instance

Aztec Aviation Consulting Ltd. c. Canada (T-3017-89)	F-2
Baker Cummins Pharmaceuticals Inc. c. Dormer Laboratories Inc. (T-275-89)	F-37
Bradasch c. Warren (C.A.) (A-132-89, A-133-89, A-134-89)	32
Brydges c. Kinsman (T-396-89)	F-23
Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale) (1 ^{re} inst.) (T-746-88)	22
Charles R. Bell Ltd. c. Stephanie Colleen (Le) (T-2606-89)	F-2
Kibale c. Canada (Secrétariat d'État) (T-2090-90)	F-37
Multimodal Inc. c. M.R.N. (T-1679-90)	F-37
Shogun Seafoods (1985), Ltd. c. «Simon Fraser N ^o 1» (Le) (T-573-90)	F-3
Southam Inc. c. Canada (Procureur général) (C.A.) (A-309-89)	465
Standal, succession c. Swecan International Ltée (T-3509-80)	F-37

	PAGE
CONFLIT DE LOIS	
Banco do Brasil S.A. c. Alexandros G. Tsavlis (Le) (1 ^{re} inst.) (T-1174-87, T-1381-87)	260
Singh c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.) (A-1188-88, A-259-89)	37
CONTRATS	
<i>Voir aussi:</i> Couronne, F-4, F-24, F-39; Droit maritime, F-6, F-40, F-41	
Casden c. Cooper Enterprises Ltd. (T-442-88)	F-3
CONTRÔLE JUDICIAIRE	
<i>Voir aussi:</i> Assurance-chômage, F-20; Compétence de la Cour fédérale, p. 251; Douanes et accise, F-55; Environnement, F-41; Fonction publique, F-43; Immigration, p. 705, F-7, F-43; Libération conditionnelle, F-48; Réclamations étrangères, F-15	
Prêt-à-Porter Orly Ltd. c. Canada (T-131-88)	F-38
Brefs de prérogative	
Naskapi-Montagnais Innu Assn. c. Canada (Ministre de la Défense nationale) (1 ^{re} inst.) (T-450-90)	381
<i>Certiorari</i>	
Angus c. Canada (C.A.) (A-21-90)	410
Canada (Commission des droits de la personne) c. Kerr (1 ^{re} inst.) (T-1326-90)	457
Choi c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (T-328-90)	F-38
<i>Prohibition</i>	
Duncan c. Canada (Ministre de la Défense nationale) (1 ^{re} inst.) (T-2094-89)	560
Saleh c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 ^{re} inst.) (T-2012-89)	314
Demandes de révision	
Burke c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration) (A-205-89) .	F-23
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Letshou- Olembo (C.A.) (A-440-89)	45
Longia c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.) (A-336-89)	288
CORPORATIONS	
<i>Voir aussi:</i> Contrats, F-4; Impôt sur le revenu, p. 337	
Laboratoire Dr. Renaud Inc. c. 537500 Ontario Ltd. (T-1772-89)	F-4
COURONNE	
<i>Voir aussi:</i> Compétence de la Cour fédérale, p. 32, F-23, F-55	

COURONNE—Suite**Contrats**

Av-Tech Inc. c. Canada (T-67-86)	F-39
Bruit Bleu Sonorisation Inc. c. Commission de la capitale nationale (T-1704-90)	F-24
Glenview Corp. c. Canada (Ministre des Travaux Publics) (T-952-90)	F-4
Ontario Cruisemarine Ltd. c. Canada (T-2181-85)	F-39

Responsabilité délictuelle

Côté c. Canada (T-1052-87)	F-40
Dupont c. La Reine (T-2538-83)	F-24
Platts c. Canada (T-2653-85)	F-39

CRÉANCIERS ET DÉBITEURS

Voir aussi: Code civil, F-21; Impôt sur le revenu, F-57; Peuples autochtones, F-12

335114 Alberta Ltd. c. Canada (T-1213-87)	F-4
Williams c. Canada (C.A.) (A-7-89)	169

DÉCLARATION DES DROITS

Voir: Brevets, F-54; Examen de l'investissement étranger, F-6

DOUANES ET ACCISE

Anderson c. Canada (Sous-ministre M.R.N., Douanes et Accise) (T-2863-89)	F-55
--	------

Loi sur l'accise

Banque Canadienne Impériale de Commerce c. M.R.N. (T-912-90)	F-24
--	------

Loi sur la taxe d'accise

Enseignes Imperial Signs Ltée c. M.R.N. (A-264-89)	F-24
Tricolor Prolab Ltd. c. Canada (T-703-88)	F-40

Loi sur les douanes

Mattu c. M.R.N. (T-675-89)	F-5
--------------------------------------	-----

Tarif des douanes

Deltonic Trading Corp. c. Sous-ministre M.R.N., Douanes et Accise (A-934-88)	F-25
Montres Rolex S.A. c. Balshin (1 ^{re} inst.) (T-2355-86)	353

DROIT AÉRIEN

Voir aussi: Compétence de la Cour fédérale, F-55; Transports, F-17

Canada (Procureur général) c. Kinsella (A-810-88)	F-5
---	-----

DROIT CONSTITUTIONNEL

Voir aussi: Assurance-chômage, F-1; Brevets, F-54; Coalitions, F-21; Compétence de la Cour fédérale, F-23; Forces armées, F-26; Libération conditionnelle, F-48; Pénitenciers, F-33, F-49; Réclamations étrangères, F-15

Charte des droits*Clause limitative*

Jackson c. Pénitencier de Joyceville (1 ^{re} inst.) (T-1934-87)	55
--	----

Droits à l'égalité

Jackson c. Pénitencier de Joyceville (1 ^{re} inst.) (T-1934-87)	55
Rubin c. Canada (Procureur général) (1 ^{re} inst.) (T-2581-89)	642
Ruparel c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 ^{re} inst.) (T-1322-88)	615
Syndicat des infirmières de la Nouvelle-Écosse, section locale DEVCO c. Canada (Conseil des relations du travail) (C.A.) (A-973-87)	652

Libertés fondamentales

Syndicat des infirmières de la Nouvelle-Écosse, section locale DEVCO c. Canada (Conseil des relations du travail) (C.A.) (A-973-87)	652
--	-----

Procédures criminelles et pénales

Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.) (A-476-89)	587
Jackson c. Pénitencier de Joyceville (1 ^{re} inst.) (T-1934-87)	55

Recours

Southam Inc. c. Canada (Procureur général) (C.A.) (A-309-89)	465
--	-----

Vie, liberté et sécurité

Duncan c. Canada (Ministre de la Défense nationale) (1 ^{re} inst.) (T-2094-89)	560
Jackson c. Pénitencier de Joyceville (1 ^{re} inst.) (T-1934-87)	55

Partage des pouvoirs

Bradasch c. Warren (C.A.) (A-132-89, A-133-89, A-134-89)	32
L'Assoc. des Assureurs-Vie du Canada c. L'Assoc. Provinciale des Assureurs- Vie du Québec (C.A.) (A-744-88)	500

DROIT D'AUTEUR

CTV Television Network Ltd. c. Canada (Commission du droit d'auteur) (1 ^{re} inst.) (T-2963-89)	489
Hawley c. Canada (T-877-88)	F-5

DROIT D'AUTEUR—Suite

Société Radio-Canada c. Canada (Commission d'appel du droit d'auteur) (A-564-87)	F-25
---	------

Dommages-intérêts

Société de droits d'exécution du Canada Ltée c. Greening (T-1878-87)	F-25
--	------

DROIT INTERNATIONAL

Naskapi-Montagnais Innu Assn. c. Canada (Ministre de la Défense nationale) (1 ^{re} inst.) (T-450-90)	381
--	-----

DROIT MARITIME

Voir aussi: Commettant et préposé, F-22; Compétence de la Cour fédérale, F-2, F-3, F-55; Contrats, F-4; Responsabilité délictuelle, F-16

Contrats

Borenstein c. Cast North America (1983) Inc. (T-1897-86)	F-5
Casden c. Cooper Enterprises Ltd. (T-442-88)	F-40
Crane Canada Inc. c. Golden Princess (Le) (T-1426-90)	F-40
Rhône (Le) c. Peter AB Widener (Le) (C.A.) (A-408-88, A-409-88)	185

Pratique

N.M. Paterson & Sons, Ltd. c. CO.PR.A International S.R.L. (T-3027-89) . .	F-55
--	------

Privilèges et hypothèques

N.M. Paterson & Sons Ltd c. Birchglen (Le) (1 ^{re} inst.) (T-1162-89)	301
--	-----

Responsabilité délictuelle

Banco do Brasil S.A. c. Alexandros G. Tsavlis (Le) (1 ^{re} inst.) (T-1174-87, T-1381-87)	260
Clark c. Kona Winds Yacht Charters Ltd. (T-1756-88)	F-26
Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co. (C.A.) (A-226-89)	114
Mondel Transport Inc. c. Afram Lines Ltd. (1 ^{re} inst.) (T-2182-86)	684
Rhône (Le) c. Peter AB Widener (Le) (C.A.) (A-408-88, A-409-88)	185

Transport de marchandises

Francosteel Corp. c. Fednav Ltd. (T-1699-85)	F-56
--	------

DROITS DE LA PERSONNE

Canada (Commission des droits de la personne) c. Kerr (1 ^{re} inst.) (T-1326-90)	457
Holden c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada (A-151-89) .	F-6

	PAGE
ÉNERGIE	
Industrial Gas Users Assn. c. Canada (Office national de l'énergie) (T-2984-89)	F-41
ENVIRONNEMENT	
Angus c. Canada (C.A.) (A-21-90)	410
International Wildlife Coalition c. Canada (Ministre des Pêches et Océans) (T-2181-90)	F-41
Lifeforce Foundation c. Canada (Ministre des Pêches et Océans) (T-2201-90)	F-41
Lifeforce Foundation c. Canada (Ministre des Pêches et Océans) (T-2201-90)	F-41
Naskapi-Montagnais Innu Assn. c. Canada (Ministre de la Défense nationale) (1 ^{re} inst.) (T-450-90)	381
Provirotect Inc. c. Canada (Ministre de l'Environnement) (T-2059-90)	F-26
EQUITY	
<i>Voir:</i> Marques de commerce, F-11	
EXAMEN DE L'INVESTISSEMENT ÉTRANGER	
Canada (Procureur général) c. Central Cartage Co. (A-307-89)	F-6
EXPROPRIATION	
Canada (Procureur général) c. Fitzgerald (T-1133-85)	F-42
FIN DE NON-RECEVOIR	
<i>Voir:</i> Immigration, F-28	
FONCTION PUBLIQUE	
Institut Professionnel de la Fonction publique c. Canada (A-64-90)	F-56
Appels	
Homstel c. Canada (Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique) (A-303-89)	F-6
MacKintosh c. Canada (Comité d'appel de la Commission de la fonction publique) (A-459-89)	F-42
Compétence	
Alliance des artistes canadiens du cinéma, de la télévision et de la radio c. Canada (Commission des relations de travail dans la fonction publique) (A-61-90)	F-42
Fin d'emploi	
Mudarth c. Canada (Ministre des Travaux publics) (A-1189-88)	F-42

FONCTION PUBLIQUE–Suite**Pratique**

Craig c. Love (A-165-90)	F-42
------------------------------------	------

Relations du travail

Alliance de la Fonction publique du Canada c. Canada (Conseil du Trésor) (T-346-90)	F-43
--	------

FORCES ARMÉES

Voir aussi: Compétence de la Cour fédérale, F-23; Pratique, F-34

Canada c. Benoit (T-1296-87)	F-26
Duncan c. Canada (Ministre de la Défense nationale) (1 ^{re} inst.) (T-2094-89)	560
Fontaine c. Canada (Ministre de la Défense nationale) (T-1756-90)	F-26
Levesque c. Canada (T-2390-90)	F-43
Naskapi-Montagnais Innu Assn. c. Canada (Ministre de la Défense nationale) (1 ^{re} inst.) (T-450-90)	381

IMMIGRATION

Voir aussi: Contrôle judiciaire, F-39

Bola c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-417-88)	F-6
Brar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.) (A-259-89, A-1188-88), voir Singh c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.) (A-1188-88, A-259-89)	37
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Jiwanpuri (A-333-89)	F-7
Fong c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 ^{re} inst.) (T-292-90)	705
Gassmann c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (T-1559-90)	F-43
Gill c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (90-T-630)	F-27
Ho c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-187-89)	F-7
Longia c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.) (A-336-89)	288
Quines c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (T-2180-90)	F-43
Ruparel c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 ^{re} inst.) (T-1322-88)	615
Singh c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.) (A-1188-88, A-259-89)	37

Expulsion

Juarez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (T-1062-90)	F-44
Muehlfellner c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-72-89)	F-44
Naredo c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (T-1985-89)	F-27
Pacheco c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-623-89)	F-28
Rios c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.) (A-5-90)	632

IMMIGRATION—Suite**Expulsion—Suite**

Urroz Rios c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.) (A-5-90), voir Rios c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.)	632
--	-----

Pratique

Abar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-523-90)	F-44
Leong c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (90-T-636)	F-7
Mashinini c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-523-89)	F-44
Saleh c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 ^{re} inst.) (T-2012-89)	314

Statut de réfugié

Ardon c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-2-90)	F-8
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Letshou- Olembo (C.A.) (A-440-89)	45
Cheung c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-100-90)	F-45
Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.) (A-476-89)	587
Leung c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-480-89)	F-44
Salibian c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.) (A-479-89)	250
Sheikh c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.) (A-521-89)	238
Toor c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (T-851-90)	F-8
Vasquez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-574-87)	F-28
Velasquez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (A-29-90)	F-45

IMPÔT SUR LE REVENU

Voir aussi: Compétence de la Cour fédérale, F-23

Bodrug, succession c. Canada (T-607-87)	F-45
Bougie c. Canada (T-681-88, ITA-3836-86)	F-28
Canada c. Golbeck (A-613-90, A-614-90)	F-45
Prince Albert Pulp Co. c. Canada (T-1986-86)	F-45
Rahey c. M.R.N. (A-558-89)	F-45

Calcul du revenu

H. Baur Investments Ltd. c. M.R.N. (T-538-88)	F-8
Haro Pacific Enterprises Ltd. c. Canada (T-2059-86)	F-56
Huffman c. Canada (A-1204-88)	F-29
Mohawk Oil Co. c. Canada (T-1935-88)	F-29
Reeson Investments Ltd. c. Canada (T-724-89)	F-46

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**Calcul du revenu—Suite*****Déductions***

Canada c. Cork (C.A.) (A-1185-84)	227
Douglas c. M.R.N. (T-6-87)	F-46
M.R.N. c. Attaie (C.A.) (A-1082-87)	325
Nowasco Well Service Ltd. c. Canada (A-636-88)	F-30
Splane c. Canada (T-1784-88, T-1877-88)	F-29
Verrier c. Canada (C.A.) (A-1040-88)	3
Wil Mechanical Ltd. c. Canada (T-603-86)	F-57

Entreprise agricole

Canada c. Service d'administration Champlain Inc. (T-1100-86)	F-30
Dand Auto Parts Ltd. c. Canada (T-1514-85)	F-57

Gains en capital

Sweeney c. Canada (1 ^{re} inst.) (T-1903-87)	445
Watkins c. Canada (T-2282-85)	F-31

Revenu ou gain en capital

Charles R. Bell Ltd. c. Canada (T-451-88)	F-47
Forest Lane Holdings Ltd. c. M.R.N. (T-752-87)	F-46
Hertel c. Canada (T-1745-88)	F-31
King Edward Hotel (Calgary) Ltd. c. M.R.N. (T-436-85)	F-46
Reeson Investments Ltd. c. Canada (T-724-89)	F-47
W. Hanley & Co. c. Canada (T-575-83)	F-8

Compagnies associées

Alberta Gas Ethylene Co. c. Canada (A-1208-88)	F-31
Guaranty Properties Ltd. c. Canada (C.A.) (A-120-87)	337

Corporations

International Mercantile Factors Ltd. c. Canada (T-261-86, T-262-86, T-263-86, T-264-86)	F-31
---	------

Exemptions

Williams c. Canada (C.A.) (A-7-89)	169
--	-----

Non-résidents

Hale c. Canada (T-2770-86)	F-47
----------------------------------	------

	PAGE
IMPÔT SUR LE REVENU—Suite	
Pratique	
Licht c. M.R.N. (T-2483-90)	F-47
Oro del Norte, S.A. c. Canada (T-1947-86)	F-9
Réserves	
Regina Shoppers Mall Ltd. c. Canada (T-1199-88, T-2085-88)	F-9
Saisies	
Cameron c. Canada (T-1633-85)	F-57
M.R.N. c. Canadian Bio-Mass Research (T-988-87)	F-57
INJONCTIONS	
<i>Voir aussi:</i> Brevets, F-21; Marques de commerce, F-10, F-58; Transports, F-17, F-36	
Montres Rolex S.A. c. Balshin (1 ^{re} inst.) (T-2355-86)	353
INSTITUTIONS FINANCIÈRES	
Caisse Populaire Laurier c. Canada (T-1008-86)	F-9
INTERPRÉTATION DES LOIS	
<i>Voir aussi:</i> Antidumping, F-19; Compétence de la Cour fédérale, p. 251; Contrôle judiciaire, F-24; Douanes et accise, F-25; Environnement, p. 410; Impôt sur le revenu, F-46; Relations du travail, F-35	
Canada (Procureur général) c. Sneyd (A-430-89)	F-9
Milner c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles) (1 ^{re} inst.) (T-107-90)	295
Ruparel c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 ^{re} inst.) (T-1322-88)	615
Singh c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.) (A-1188-88, A-259-89)	37
Williams c. Canada (C.A.) (A-7-89)	169
JUGES ET TRIBUNAUX	
<i>Voir:</i> Pénitenciers, F-33	
LANGUES OFFICIELLES	
<i>Voir:</i> Douanes et accise, F-25	
LIBÉRATION CONDITIONNELLE	
<i>Voir aussi:</i> Protection des renseignements personnels, F-51	
Cardinal c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles) (T-2146-90)	F-48
Faulkner c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles) (T-2153-90)	F-48

LIBÉRATION CONDITIONNELLE—Suite

Jones c. Canada (T-218-90)	F-47
MacInnis c. Canada (Solliciteur général) (T-1341-90)	F-32
McClarty c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles) (A-991-88)	F-32
Milner c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles) (1 ^{re} inst.) (T-107-90)	295

MARQUES DE COMMERCE

Voir aussi: Pratique, F-13

Ayotte c. Aliments Trans Gras Inc. (T-686-88)	F-10
Novopharm Ltd. c. Nu-Pharm Inc. (T-3015-89)	F-10

Contrefaçon

Brasseries Molson c. Moosehead Breweries Ltd. (T-1963-90)	F-58
HQ Network Systems, Inc. c. HQ Office Supplies Warehouse, Inc. (T-589-90)	F-11
Montres Rolex S.A. c. Balshin (1 ^{re} inst.) (T-2355-86)	353
Newport Fan Co. c. Beaver Lumber Co. (T-2016-89)	F-10
Singer Co. c. Adam's Knit and Sew Center Ltd. (T-248-89)	F-32

Enregistrement

John Labatt Ltée c. Les Compagnies Molson Ltée (T-458-85)	F-11
Triple G. Manufacturing Inc. c. Work Wear Corp. (T-1635-88)	F-32

Pratique

Maxim's Ltd. c. Maxim's Bakery Ltd. (T-406-89)	F-11
Meredith & Finlayson c. Canada (Registraire des marques de commerce) (T-1108-90)	F-11
Meredith & Finlayson c. Canada (Registraire des marques de commerce) (T-1108-90)	F-48
Polo Ralph Lauren Corp. c. Cato (1 ^{re} inst.) (T-892-88)	541
Wellcome Foundation Ltd. c. Apotex Inc. (T-1458-90)	F-11
White Consolidated Industries Inc. c. Beam of Canada Inc. (T-343-90)	F-32

PÉNITENCIERS

Voir aussi: Droit d'auteur, F-5

Allan c. Canada (Commission aux services correctionnels) (T-842-89)	F-48
Hanna c. Établissement de Matsqui (T-1479-90)	F-33
Jackson c. Pénitencier de Joyceville (1 ^{re} inst.) (T-1934-87)	55
Larochelle c. Canada (T-2796-89)	F-49
Veysey c. Canada (Commissaire du Service correctionnel) (A-557-89)	F-12

PEUPLES AUTOCHTONES*Voir aussi:* Pratique, F-32

Bande indienne Miawpukek c. Bande indienne Miawpukek (T-1311-88) . . .	F-12
Bande indienne Westbank c. Robertson (T-340-89)	F-12
Naskapi-Montagnais Innu Assn. c. Canada (Ministre de la Défense nationale) (1 ^{re} inst.) (T-450-90)	381
Sebastien c. Canada (Ministre de Affaires indiennes et du Nord) (T-1154-89)	F-58

Taxation

Williams c. Canada (C.A.) (A-7-89)	169
--	-----

POSTES*Voir:* Relations du travail, F-35**PRATIQUE**

Voir aussi: Brevets, F-2, F-54; Code civil, F-21; Compétence de la Cour fédérale, p. 32, F-2, F-3, F-23, F-37; Corporations, F-4; Créanciers et débiteurs, F-5; Douanes et accise, F-5; Droit maritime, F-55; Environnement, F-41; Examen de l'investissement étranger, F-6; Immigration, F-8, F-27, F-44; Impôt sur le revenu, F-9; Marques de commerce, F-11, F-33, F-48

Anderson c. Nastor Inc. (T-405-90)	F-33
Bande indienne de Lower Kootenay c. Canada (T-16-90)	F-58
Schubert Industries Inc. c. Matelas Princesse Ltée (T-2067-89)	F-12

Communication de documents et interrogatoire préalable*Interrogatoire préalable*

Atlantic Warehouses Ltd. c. Canada (A-576-85)	F-49
Bénédictine Distillerie de la Liqueur de l'ancienne abbaye de Fécamp c. John Labatt Ltée (T-1641-89)	F-49
Eli Lilly and Co. c. O'Hara Manufacturing Ltd. (A-372-88)	F-49
Procter & Gamble Co. c. Kimberly-Clark of Canada Ltd. (T-1493-86)	F-49

Production de documents

ABC Extrusion Co. c. Signtech Inc. (T-1061-86)	F-58
Unilever PLC c. Procter & Gamble Inc. (T-2534-85)	F-33

Communications privilégiées

Risi Stone Ltd. c. Groupe Permacon Inc. (1 ^{re} inst.) (T-1005-89)	10
---	----

Frais et dépens

Atlantic Warehouses Ltd. c. Canada (A-576-85)	F-49
Bénédictine Distillerie de la Liqueur de l'ancienne abbaye de Fécomp c. John Labatt Ltée (T-1641-89)	F-49

PRATIQUE—Suite**Frais et dépens—Suite**

Carling O’Keefe Breweries of Canada Ltd. c. Anheuser-Busch, Inc. (T-298-80)	F-13
Carling O’Keefe Breweries of Canada Ltd. c. Anheuser-Busch, Inc. (A-14-83)	F-14
Eli Lilly and Co. c. O’Hara Manufacturing Ltd. (A-372-88)	F-49
Eli Lilly and Co. c. O’Hara Manufacturing Ltd. (T-1759-83)	F-59
Rubin c. Canada (Procureur général) (1 ^{re} inst.) (T-2581-89)	642
TNT Canada Inc. c. T.N.T. Motor Lines Ltd. (T-4637-81)	F-13

Jugements et ordonnances*Annulation ou modification*

Banco do Brasil S.A. c. Alexandros G. Tsavlis (Le) (1 ^{re} inst.) (T-1174-87, T-1381-87)	283
Boateng c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration) (90-A-1313) .	F-14
L’Assoc. des Assureurs-Vie du Canada c. L’Assoc. Provinciale des Assureurs- Vie du Québec (C.A.) (A-744-88)	500
Mondel Transport Inc. c. Afram Lines Ltd. (1 ^{re} inst.) (T-2182-86)	701

Suspension d’exécution

Derome c. Canada (T-2121-90)	F-34
Gassman c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration) (T-1559-90)	F-50
Iberia, Lignes aériennes d’Espagne, S.A. c. Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 4027 (T-1801-90)	F-34

Modification des délais

De Korompay c. Ontario Hydro (T-377-88)	F-34
---	------

Outrage au tribunal

Hugo Boss A.G. c. Sudsy’s Enterprises Inc. (T-997-88)	F-50
Polo Ralph Lauren Corp. c. Cato (1 ^{re} inst.) (T-892-88)	541

Parties

Montres Rolex S.A. c. Balshin (1 ^{re} inst.) (T-2355-86)	353
Rubin c. Canada (Procureur général) (1 ^{re} inst.) (T-2581-89)	642

Intervention

Assoc. des consommateurs industriels de gaz c. Canada (Office national de l’énergie) (T-2984-89)	F-59
---	------

PRATIQUE—Suite**Parties—Suite***Qualité pour agir*

Ruparel c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1 ^{re} inst.) (T-1322-88)	615
---	-----

Plaidoiries*Requête en radiation*

Aris Isotoner Inc. c. Ranka Enterprises Inc. (T-30-90)	F-50
Canada c. Air Canada (T-373-88)	F-34
94272 Canada Ltd. c. Moffatt (T-520-90)	F-14
Rubin c. Canada (Procureur général) (1 ^{re} inst.) (T-2581-89)	642
Taylor, succession c. Canada (Procureur général) (T-818-90)	F-14

Preuve

Bande Cook's Ferry c. Bande Cook's Ferry (Conseil) (A-368-89)	F-34
---	------

Commission rogatoire

Bande indienne des Sarcis c. Canada (A-120-90)	F-14
--	------

Références

Laveder Inc. c. Khee Ryoong Commerce & Transport Co. (T-1686-88)	F-50
--	------

Rejet des procédures*Défaut de poursuivre*

Balmer c. Canada (T-2813-84)	F-15
Nichols c. Canada (T-3094-79)	F-15

Représentation par procureur ou *solicitor*

Shibamoto & Co. c. Western Fish Producers, Inc. (Syndic) (T-1810-88) . . .	F-34
--	------

PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS

Shepherd c. Canada (Solliciteur général) (T-2128-88)	F-50
--	------

RÉCLAMATIONS ÉTRANGÈRES

Janitzki c. Canada (Santé et Bien-être Social) (T-97-89)	F-15
--	------

RELATIONS DU TRAVAIL

Voir aussi: Fonction publique, F-43

Association nationale des employés et techniciens en radio-diffusion c. Canada (Chambre des communes) (A-411-89)	F-15
---	------

RELATIONS DU TRAVAIL--Suite

Réseau de Télévision Quatre Saisons Inc. c. Syndicat des Employées de Télévision Quatre Saisons (FNC-CSN) (A-1066-88)	F-15
Société canadienne des postes c. Union des facteurs du Canada (A-64-89) . .	F-35
Srougi c. Canada (Arbitre, Code canadien du travail) (A-135-89)	F-35
Syndicat des infirmières de la Nouvelle-Écosse, section locale DEVCO c. Canada (Conseil des relations du travail) (C.A.) (A-973-87)	652

RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE

Voir aussi: Couronne, F-24, F-40; Droit maritime, p. 684, F-26

Négligence

Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co. (C.A.) (A-226-89)	114
Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co. (T-552-88)	F-15

TRANSPORTS

Air Atonabee Ltd. c. Les commissaires du havre de Toronto (T-792-90) . .	F-16
Toronto (Ville) c. Canada (Ministre des Transports) (T-816-90)	F-17
Toronto (Ville) c. Canada (Ministre des Transports) (T-816-90, T-792-90) . .	F-35
Toronto (Ville) c. Canada (Ministre des Transports) (T-816-90, T-792-90) . .	F-35

**TABLE
OF CASES DIGESTED
IN THIS VOLUME**

A

ABC Extrusion Co. v. Signtech Inc.	D-44
Abar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	D-32
Air Atonabee Ltd. v. Toronto Harbour Commissioners	D-12
Alberta Gas Ethylene Co. v. Canada	D-20
Allan v. Canada (Commissioner of Corrections)	D-37
Alliance of Canadian Cinema, Television and Radio Artists v. Canada (Public Service Staff Relations Board)	D-39
Amsted Industries Inc. v. Wire Rope Industries Ltd.	D-24
Anderson v. Canada (Deputy M.N.R., Customs and Excise)	D-41
Anderson v. Nascor Inc.	D-25
Anstey v. Fednav Offshore Inc.	D-24
Ardon v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	D-6
Aris Isotoner Inc. v. Ranka Enterprises Inc.	D-38
Atlantic Warehouses Ltd. v. Canada	D-37
Av-Tech Inc. v. Canada	D-29
Ayotte v. Aliments Trans Gras Inc.	D-11
Aztec Aviation Consulting Ltd. v. Canada	D-3

B

Baker Cummins Pharmaceuticals Inc. v. Dormer Laboratories Inc.	D-31
Balmer v. Canada	D-9
Bénédictine Distillerie de la Liqueur de l'ancienne abbaye de Fécamp v. John Labatt Ltée	D-37
Boateng v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	D-10
Bodrug Estate v. Canada	D-33
Bola v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	D-5
Borenstein v. Cast North America (1983) Inc.	D-7
Boucher v. Canada	D-16
Bougie v. Canada	D-20
Bruit Bleu Sonorisation Inc. v. National Capital Commission	D-17
Brydges v. Kinsman	D-18
Burke v. Canada (Immigration and Employment Commission)	D-23

C

Caisse Populaire Laurier v. Canada	D-4
--	-----

Cameron v. Canada	D-42
Canada v. Air Canada	D-26
Canada v. Benoit	D-15
Canada v. Gianoulis	D-15
Canada v. Golbeck	D-33
Canada v. Service d'administration Champlain Inc.	D-22
Canada Post Corp. v. Letter Carriers' Union of Canada	D-23
Canada (Attorney General) v. Central Cartage Co.	D-4
Canada (Attorney General) v. Enns	D-45
Canada (Attorney General) v. Fitzgerald	D-31
Canada (Attorney General) v. Kelly	D-28
Canada (Attorney General) v. Kinsella	D-1
Canada (Attorney General) v. Kowalchuk	D-13
Canada (Attorney General) v. Plourde	D-46
Canada (Attorney General) v. Quesnelle	D-45
Canada (Attorney General) v. Sneyd	D-1
Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Jiwanpuri	D-5
Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Copyright Appeal Board)	D-16
Canadian Imperial Bank of Commerce v. M.N.R.	D-17
Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.	D-10
Cardinal v. Canada (National Parole Board)	D-36
Carling O'Keefe Breweries of Canada Ltd. v. Anheuser-Busch, Inc.	D-9
Carling O'Keefe Breweries of Canada Ltd. v. Anheuser-Busch, Inc.	D-9
Casden v. Cooper Enterprises Ltd.	D-1
Casden v. Cooper Enterprises Ltd.	D-36
Charles R. Bell Ltd. v. Canada	D-34
Charles R. Bell Ltd. v. Stephanie Colleen (The)	D-3
Chartier v. Canada (Employment and Immigration Commission)	D-40
Cheung v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	D-33
Choi v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	D-35
Clark v. Kona Winds Yacht Charters Ltd.	D-23
Clarke v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	D-13
Clegg v. Canada (Umpire, Unemployment Insurance Act, 1971)	D-14
Cook's Ferry Band v. Cook's Ferry Band (Council)	D-26
Côté v. Canada	D-30
Craig v. Love	D-39
Crane Canada Inc. v. Golden Princess (The)	D-36

D

Dand Auto Parts Ltd. v. Canada	D-42
De Korompay v. Ontario Hydro	D-26
Deltonic Trading Corp. v. Deputy M.N.R., Customs and Excise	D-17
Deputy M.N.R., Customs and Excise v. Liberty Home Products Corp.	D-15
Derome v. Canada	D-26
Douglas v. M.N.R.	D-34
Dupont v. The Queen	D-17

E

Eli Lilly and Co. v. O'Hara Manufacturing Ltd.	D-44
Eli Lilly and Co. v. O'Hara Manufacturing Ltd.	D-37
Enoch Indian Band v. Canada	D-18
Enseignes Imperial Signs Ltée v. M.N.R.	D-18

F

Faulkner v. Canada (National Parole Board)	D-36
Fillmore v. Canada (Veterans Appeal Board)	D-28
Flexi-Coil Ltd. v. F.P. Bourgault Industries Air Seeder Division Ltd.	D-44
Fontaine v. Canada (Minister of National Defence)	D-15
Forest Lane Holdings Ltd. v. M.N.R.	D-34
Formation routière des carrières Inc. (Re)	D-16
Francosteel Corp. v. Fednav Ltd.	D-43

G

Garnet Mediacraft v. Canada	D-45
Gassmann v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	D-32
Gassmann v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	D-38
Gill v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	D-19
Glaxo Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)	D-15
Glenview Corp. v. Canada (Minister of Public Works)	D-2

H

H. Baur Investments Ltd. v. M.N.R.	D-6
HQ Network Systems, Inc. v. HQ Office Supplies Warehouse, Inc.	D-11
Hale v. Canada	D-34
Hanna v. Matsqui Institution	D-25
Haro Pacific Enterprises Ltd. v. Canada	D-41
Hawley v. Canada	D-2
Hertel v. Canada	D-22
Ho v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	D-5
Hokayem (Re)	D-41
Holden v. Canadian National Railway	D-4
Homstel v. Canada (Public Service Commission Appeal Board)	D-10
Houle v. Canada (Employment and Immigration Commission)	D-27
Huffman v. Canada	D-21
Hugo Boss A.G. v. Sudsy's Enterprises Inc.	D-37

I

Iberia Airlines of Spain S.A. v. Canadian Union of Public Employees, Local 4027 . . .	D-26
---	------

Imperial Chemical Industries PLC v. Apotex Inc.	D-43
Industrial Gas Users Assn. v. Canada (National Energy Board)	D-44
Industrial Gas Users Assn. v. Canada (National Energy Board)	D-30
International Mercantile Factors Ltd. v. Canada	D-20
International Wildlife Coalition v. Canada (Ministry of Oceans and Fisheries)	D-30

J

Jacob v. Canada (Employment and Immigration Commission)	D-27
Janitzki v. Canada (Health and Welfare)	D-4
John Labatt Ltd. v. Molson Companies Ltd.	D-12
Jones v. Canada	D-36
Juarez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	D-32

K

Kibale v. Canada (Secretary of State Department)	D-31
Kimberley-Clark Corp. v. Procter & Gamble Inc.	D-8
King Edward Hotel (Calgary) Ltd. v. M.N.R.	D-34

L

Laboratoire Dr. Renaud Inc. v. 537500 Ontario Ltd.	D-2
Lake Ontario Cement v. Canada (Director of Investigation and Research)	D-16
Larochelle v. Canada	D-37
Laveder Inc. v. Khee Ryoong Commerce & Transport Co.	D-38
Leong v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	D-5
Lépine v. Canada (Employment and Immigration Commission)	D-27
Lépine v. M.N.R.	D-39
Leung v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	D-33
Levesque v. Canada	D-29
L'Heureux v. Canada (Employment and Immigration Commission)	D-27
Licht v. M.N.R.	D-35
Lifeforce Foundation v. Canada (Minister of Oceans and Fisheries)	D-30
Lifeforce Foundation v. Canada (Minister of Oceans and Fisheries)	D-31
Lower Kootenay Indian Band v. Canada	D-44

M

M.N.R. v. Canadian Bio-Mass Research	D-43
MacInnis v. Canada (Solicitor General)	D-24
MacKintosh v. Canada (Public Service Commission Appeal Board)	D-38
Mashinini v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	D-32
Mattu v. M.N.R.	D-3
Maxim's Ltd. v. Maxim's Bakery Ltd.	D-12

McClarty v. Canada (National Parole Board)	D-24
Meredith & Finlayson v. Canada (Registrar of Trade Marks)	D-12
Meredith & Finlayson v. Canada (Registrar of Trade Marks)	D-39
Miawpukek Band v. Miawpukek Band	D-7
Mohawk Oil Co. v. Canada	D-21
Molson Breweries v. Moosehead Breweries Ltd.	D-45
Mony v. Canada (Employment and Immigration Commission)	D-46
Mudarh v. Canada (Minister of Public Works)	D-39
Muehlfellner v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	D-32
Multimodal Inc. v. M.N.R.	D-31

N

N. M. Paterson & Sons Ltd. v. CO.PR.A International S.R.L.	D-43
Naredo v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	D-19
National Association of Broadcast Employees and Technicians v. Canada (House of Commons)	D-7
Newport Fan Co. v. Beaver Lumber Co.	D-11
Nichols v. Canada	D-9
94272 Canada Ltd. v. Moffatt	D-10
Novopharm Ltd. v. Nu-Pharm Inc.	D-11
Newsco Well Service Ltd. v. Canada	D-22

O

Obront v. Canada (Secretary of State)	D-1
Ontario Cruisemarine Ltd. v. Canada	D-29
Oro del Norte, S.A. v. Canada	D-6

P

Pacheco v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	D-20
Performing Rights Organization of Canada Ltd. v. Greening	D-16
Perkins v. Canada	D-18
Peter Cremer Befrachtungskontor GMBH v. McGregor Cory Cargo Services B.V.	D-41
Platts v. Canada	D-29
Poly Foam Products Ltd. v. Cascades Sentinel Ltd.	D-8
Portelance v. Canada (Employment and Immigration Commission)	D-27
Prêt-à-Porter Orly Ltd. v. Canada	D-35
Prince Albert Pulp Co. v. Canada	D-33
Procter & Gamble Co. v. Kimberly-Clark of Canada Ltd.	D-38
Professional Institute of the Public Service v. Canada	D-45
Provirotec Inc. v. Canada (Minister of Environment)	D-18
Public Service Alliance of Canada v. Canada (Treasury Board)	D-39

Q

Quines v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	D-32
---	------

R

R. W. Blacktop Ltd. v. Artec Equipment Co.	D-25
Rahey v. M.N.R.	D-33
Reeson Investments Ltd. v. Canada	D-33
Regina Shoppers Mall Ltd. v. Canada	D-7
Réseau de Télévision Quatre Saisons Inc. v. Syndicat des Employé-es de Télévision Quatre Saisons (FNC-CSN)	D-7
Riverin v. Canada (Employment and Immigration Commission)	D-27

S

Sarcee Band of Indians v. Canada	D-10
Schubert Industries Inc. v. Matelas Princesse Ltée.	D-8
Sebastien v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)	D-43
Shepherd v. Canada (Solicitor General)	D-38
Shibamoto & Co. v. Western Fish Producers, Inc. (Trustee of)	D-26
Shogun Seafoods (1985), Ltd. v. "Simon Fraser No. 1" (The)	D-4
Singer Co. v. Adam's Knit and Sew Center Ltd.	D-26
Splane v. Canada	D-21
Srougi v. Canada (Arbitrator Labour Code)	D-23
Standal Estate v. Swecan International Ltée	D-31

T

TNT Canada Inc. v. T.N.T. Motor Lines Ltd.	D-9
TNT Canada Inc. v. T.N.T. Motor Lines Ltd.	D-9
Taylor Estate v. Canada (Attorney General)	D-10
335114 Alberta Ltd. v. Canada	D-2
Toor v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	D-6
Toronto (City) v. Canada (Minister of Transport)	D-13
Toronto (City) v. Canada (Minister of Transport)	D-27
Tricolor Prolab Ltd. v. Canada	D-30
Triple G. Manufacturing Inc. v. Work Wear Corp.	D-27

U

Unilever PLC v. Procter & Gamble Inc.	D-25
---	------

V

Vasquez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	D-20
Velasquez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	D-33
Veysey v. Canada (Commissioner of the Correctional Service)	D-8

W

W. Hanley & Co. v. Canada	D-6
Watkins v. Canada	D-21
Webster v. Canada	D-41
Wellcome Foundation Ltd. v. Apotex Inc.	D-12
Westbank Indian Band v. Robertson	D-8
White Consolidated Industries Inc. v. Beam of Canada Inc.	D-26
Wil Mechanical Ltd. v. Canada	D-42

X

X v. Canada (Minister of National Defence)	D-15
--	------

TABLE
DES FICHES ANALYTIQUES PUBLIÉES
DANS CE VOLUME

A

ABC Extrusion Co. c. Signtech Inc.	F-58
Abar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	F-44
Air Atonabee Ltd. c. Les commissaires du havre de Toronto	F-16
Alberta Gas Ethylene Co. c. Canada	F-31
Allan c. Canada (Commissaire aux services correctionnels)	F-48
Alliance de la Fonction publique du Canada c. Canada (Conseil du Trésor)	F-43
Alliance des artistes canadiens du cinéma, de la télévision et de la radio c. Canada (Commission des relations de travail dans la fonction publique)	F-42
Amsted Industries Inc. c. Wire Rope Industries Ltd.	F-20
Anderson c. Canada (Sous-ministre M.R.N., Douanes et Accise)	F-55
Anderson c. Nastor Inc.	F-33
Anstey c. Fednav Offshore Inc.	F-22
Ardon c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	F-8
Aris Isotoner Inc. c. Ranka Enterprises Inc.	F-50
Assoc. des consommateurs industriels de gaz c. Canada (Office nationale de l'énergie)	F-59
Association nationale des employés et techniciens en radiodiffusion c. Canada (Chambre des communes)	F-15
Atlantic Warehouses Ltd. c. Canada	F-49
Av-Tech Inc. c. Canada	F-39
Ayotte c. Aliments Trans Gras Inc.	F-10
Aztec Aviation Consulting Ltd. c. Canada	F-2

B

Baker Cummins Pharmaceuticals Inc. c. Dormer Laboratories Inc.	F-37
Balmer c. Canada	F-15
Bande Cook's Ferry c. Bande Cook's Ferry (Conseil)	F-34
Bande indienne de Lower Kootenay c. Canada	F-58
Bande indienne des Sarcis c. Canada	F-14
Bande indienne Enoch c. Canada	F-22
Bande indienne Miawpukek c. Bande indienne Miawpukek	F-12
Bande indienne Westbank c. Robertson	F-12
Banque Canadienne Impériale de Commerce c. M.R.N.	F-24
Bénédictine Distillerie de la Liqueur de l'ancienne abbaye de Fécamp c. John Labatt Ltée	F-49

Boateng c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	F-14
Bodrug, succession c. Canada	F-45
Bola c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	F-6
Borenstein c. Cast North America (1983) Inc.	F-5
Boucher c. Canada	F-21
Bougie c. Canada	F-28
Brasseries Molson c. Moosehead Breweries Ltd.	F-58
Bruit Bleu Sonorisation Inc. c. Commission de la capitale nationale	F-24
Brydges c. Kinsman	F-23
Burke c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)	F-23

C

Caisse Populaire Laurier c. Canada	F-9
Cameron c. Canada	F-57
Canada c. Air Canada	F-34
Canada c. Benoit	F-26
Canada c. Gianoulis	F-21
Canada c. Golbeck	F-45
Canada c. Service d'administration Champlain Inc.	F-30
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Jiwanpuri	F-7
Canada (Procureur général) c. Central Cartage Co.	F-6
Canada (Procureur général) c. Enns	F-53
Canada (Procureur général) c. Fitzgerald	F-42
Canada (Procureur général) c. Kelly	F-20
Canada (Procureur général) c. Kinsella	F-5
Canada (Procureur général) c. Kowalchuk	F-1
Canada (Procureur général) c. Plourde	F-53
Canada (Procureur général) c. Quesnelle	F-53
Canada (Procureur général) c. Sneyd	F-9
Cardinal c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)	F-48
Carling O'Keefe Breweries of Canada Ltd. c. Anheuser-Busch, Inc.	F-13
Carling O'Keefe Breweries of Canada Ltd. c. Anheuser-Busch, Inc.	F-14
Casden c. Cooper Enterprises Ltd.	F-3
Casden c. Cooper Enterprises Ltd.	F-40
Charles R. Bell Ltd. c. Canada	F-47
Charles R. Bell Ltd. c. Stephanie Colleen (Le)	F-2
Chartier c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)	F-37
Cheung c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	F-45
Choi c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	F-38
Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.	F-15
Ciment Lac Ontario c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches)	F-20
Clark c. Kona Winds Yacht Charters Ltd.	F-26
Clarke c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	F-1
Clegg c. Canada (Arbitre, Loi de 1971 sur l'assurance-chômage)	F-1
Côté c. Canada	F-40
Craig c. Love	F-42
Crane Canada Inc. c. Golden Princess (Le)	F-40

D

Dand Auto Parts Ltd. c. Canada	F-57
De Korompay c. Ontario Hydro	F-34
Deltonic Trading Corp. c. Sous-ministre M.R.N., Douanes et Accise	F-25
Derome c. Canada	F-34
Douglas c. M.R.N.	F-46
Dupont c. La Reine	F-24

E

Eli Lilly and Co. c. O'Hara Manufacturing Ltd.	F-49
Eli Lilly and Co. c. O'Hara Manufacturing Ltd.	F-59
Enseignes Imperial Signs Ltée c. M.R.N.	F-24

F

Faulkner c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)	F-48
Fillmore c. Canada (Tribunal d'appel des anciens combattants)	F-19
Flexi-Coil Ltd. c. F.P. Bourgault Industries Air Seeder Division Ltd.	F-54
Fontaine c. Canada (Ministre de la Défense nationale)	F-26
Forest Lane Holdings Ltd. c. M.R.N.	F-46
Formation routière des carrières Inc. (Re)	F-22
Francosteel Corp. c. Fednav Ltd.	F-56

G

Garnet Medircraft c. Canada	F-53
Gassmann c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	F-43
Gassmann c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	F-50
Gill c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	F-26
Glaxo Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)	F-19
Glenview Corp. c. Canada (Ministre des Travaux publics)	F-4

H

H. Baur Investments Ltd. c. M.R.N.	F-8
HQ Network Systems, Inc. c. HQ Office Supplies Warehouse, Inc.	F-11
Hale c. Canada	F-47
Hanna c. Établissement de Matsqui	F-33
Haro Pacific Enterprises Ltd. c. Canada	F-56
Hawley c. Canada	F-5
Hertel c. Canada	F-31
Ho c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	F-7
Hokayem (Re)	F-55
Holden c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada	F-6
Homstel c. Canada (Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique)	F-6
Houle c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)	F-19

Huffman c. Canada	F-29
Hugo Boss A.G. c. Sudsy's Enterprises Inc.	F-50

I

Iberia, Lignes aériennes d'Espagne, S.A. c. Syndicat canadien de la Fonction publique, section Locale 4027	F-34
Imperial Chemical Industries PLC c. Apotex Inc.	F-54
Industrial Gas Users Assn. c. Canada (Office national de l'énergie)	F-41
Institut professionnel de la Fonction publique c. Canada	F-56
International Mercantile Factors Ltd. c. Canada	F-31
International Wildlife Coalition c. Canada (Ministre des Pêches et Océans)	F-41

J

Jacob c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)	F-19
Janitzki c. Canada (Santé et Bien-être Social)	F-15
John Labatt Ltée c. Les Compagnies Molson Ltée	F-11
Jones c. Canada	F-47
Juarez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	F-44

K

Kibale c. Canada (Secrétariat d'État)	F-37
Kimberley-Clark Corp. c. Procter & Gamble Inc.	F-2
King Edward Hotel (Calgary) Ltd. c. M.R.N.	F-46

L

Laboratoire Dr. Renaud Inc. c. 537500 Ontario Ltd.	F-4
Larochelle c. Canada	F-49
Laveder Inc. c. Khee Ryoong Commerce & Transport Co.	F-50
Leong c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	F-7
Lépine c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)	F-20
Lépine c. M.R.N.	F-37
Leung c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	F-44
Levesque c. Canada	F-43
L'heureux c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)	F-19
Licht c. M.R.N.	F-47
Lifeforce Foundation c. Canada (Ministre des Pêches et Océans)	F-41
Lifeforce Foundation c. Canada (Ministre des Pêches et Océans)	F-41

M

M.R.N. c. Canadian Bio-Mass Research	F-57
MacInnis c. Canada (Solliciteur général)	F-32
MacKintosh c. Canada (Comité d'appel de la Commission de la fonction publique)	F-42

Mashinini c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	F-44
Mattu c. M.R.N.	F-5
Maxim's Ltd. c. Maxim's Bakery Ltd.	F-11
McClarty c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)	F-32
Meredith & Finlayson c. Canada (Registraire des marques de commerce)	F-11
Meredith & Finlayson c. Canada (Registraire des marques de commerce)	F-48
Mohawk Oil Co. c. Canada	F-29
Mony c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)	F-54
Mudarth c. Canada (Ministre des Travaux publics)	F-42
Muehlfellner c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	F-44
Multimodal Inc. c. M.R.N.	F-37

N

N.M. Paterson & Sons, Ltd. c. CO.PR.A International S.R.L.	F-55
Naredo c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	F-27
94272 Canada Ltd. c. Moffatt	F-14
Newport Fan Co. c. Beaver Lumber Co.	F-10
Nichols c. Canada	F-15
Novopharm Ltd. c. Nu-Pharm Inc.	F-10
Nowasco Well Service Ltd. c. Canada	F-30

O

Obront c. Canada (Secrétariat d'État)	F-2
Ontario Cruisemarine Ltd. c. Canada	F-39
Oro del Norte, S.A. c. Canada	F-9

P

Pacheco c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	F-28
Perkins c. Canada	F-23
Peter Cremer Befrachtungskontor GMBH c. McGregor Cory Cargo Services B.V.	F-55
Platts c. Canada	F-39
Poly Foam Products Ltd. c. Cascades Sentinel Ltd.	F-2
Portelance c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)	F-19
Prêt-à-Porter Orly Ltd. c. Canada	F-38
Prince Albert Pulp Co. c. Canada	F-45
Procter & Gamble Co. c. Kimberly-Clark of Canada Ltd.	F-49
Provirotect Inc. c. Canada (Ministre de l'Environnement)	F-26

Q

Quines c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	F-43
---	------

R

R. W. Blacktop Ltd. c. Artec Equipement Co.	F-21
Rahey c. M.R.N.	F-45
Reeson Investments Ltd. c. Canada	F-46
Regina Shoppers Mall Ltd. c. Canada	F-9
Réseau de Télévision Quatre Saisons Inc. c. Syndicat des employé-es de Télévision Quatre Saisons (FNC-CSN)	F-15
Riverin c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)	F-19

S

Schubert Industries Inc. c. Matelas Princesse	F-12
Sebastien c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord)	F-58
Sherpherd c. Canada (Solliciteur général)	F-50
Shibamoto & Co. v. Western Fish Producers, Inc. (Syndic)	F-34
Shogun Seafoods (1985), Ltd. c. «Simon Fraser N° 1» (Le)	F-3
Singer Co. c. Adam's Knit and Sew Center Ltd.	F-32
Société canadienne des postes c. Union des facteurs du Canada	F-35
Société de droits d'exécution du Canada Ltée. c. Greening	F-25
Société Radio-Canada c. Canada (Commission d'appel du droit d'auteur)	F-25
Sous-ministre M.R.N., Douanes et Accise c. Liberty Home Products Corp.	F-19
Splane c. Canada	F-29
Srougi c. Canada (Arbitre, Code canadien du travail)	F-35
Standal, succession c. Swecan International Ltée	F-37

T

TNT Canada Inc. c. T.N.T. Motor Lines Ltd.	F-13
TNT Canada Inc. c. T.N.T. Motor Lines Ltd.	F-13
Taylor, succession c. Canada (Procureur général)	F-14
Toor c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	F-8
Toronto (Ville) c. Canada (Ministre des Transports)	F-17
Toronto (Ville) c. Canada (Ministre des Transports)	F-35
Tricolor Prolab Ltd. c. Canada	F-40
Triple G. Manufacturing Inc. c. Work Wear Corp.	F-32
335114 Alberta Ltd. c. Canada	F-4

U

Unilever PLC c. Procter & Gamble Inc.	F-34
---	------

V

Vasquez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	F-28
Velasquez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	F-45
Veysey c. Canada (Commissaire du Service correctionnel)	F-12

W

W. Hanley & Co. c. Canada	F-8
Watkins c. Canada	F-31
Webster c. Canada	F-55
Wellcome Foundation Ltd. c. Apotex Inc.	F-11
White Consolidated Industries Inc. c. Beam of Canada Inc.	F-32
Wil Mechanical Ltd. c. Canada	F-56

X

X c. Canada (Ministre de la Défense nationale)	F-19
--	------

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

TABLE DE LA JURISPRUDENCE CITÉE

	PAGE
<i>Adidas Sportschuhfabriken Adi Dassler K. G. et al. v. Kinney Shoes of Canada Ltd., E' Mar Imports Ltd., Third Party</i> (1971), 19 D.L.R. (3d) 680; 2 C.P.R. 227 (Ex. Ct.)	353
<i>Adjei v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , [1989] 2 F.C. 680; (1989), 57 D.L.R. 153 (C.A.)	250
<i>Aerlinte Eireann Teoranta v. Canada</i> , [1987] 3 F.C. 383 (T.D.); affd A-155-87, Heald J.A., judgment dated 27/2/90, not yet reported	514
<i>Agius v. Great Western Colliery Company</i> , [1899] 1 Q.B. 413 (C.A.)	684
<i>Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. v. Cummer-Yonge Investments Ltd.</i> , [1976] 2 S.C.R. 221; (1975), 55 D.L.R. (3d) 676; [1975] I.L.R. 1-675; 4 N.R. 547	114
<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.)	665
<i>Alli v. Canada (Attorney General)</i> (1988), 88 N.R. 1 (F.C.A.)	55
<i>Alloway v Phillips (Inspector of Taxes)</i> , [1980] 3 All ER 138 (C.A.)	169
<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	55
<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	615
<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	642
<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	652
<i>Angus v. Canada</i> , T-47-90, F.C.T.D., Rouleau J., judgment dated 12/1/90, not yet reported	381
<i>Anns v. Merton London Borough Council</i> , [1978] A.C. 728 (H.L.)	114
<i>Apple Computer, Inc. v. Minitronics of Canada Ltd.</i> , [1988] 2 F.C. 265; (1988), 17 C.I.P.R. 308; 19 C.P.R. (3d) 15; 17 F.T.R. 37 (T.D.)	541
<i>Apple Computer, Inc. et. al. v. MacKintosh Computers Ltd. et al.</i> (1987), 43 D.L.R. (4th) 184; 14 C.I.P.R. 315; 12 F.T.R. 287 (F.C.T.D.)	185
<i>Apsassin v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)</i> , [1988] 3 F.C. 20; [1988] 1 C.N.L.R. 73; (1987), 14 F.T.R. 161 (T.D.)	295
<i>Arduengo v. Minister of Employment and Immigration</i> (1981), 40 N.R. 436 (F.C.A.)	587
<i>Armstrong's Estate v. C.I.R.</i> , 146 F. 2d 457 (7th Cir. 1944)	445

	PAGE
<i>Arumugam v. Minister of Employment and Immigration</i> (1986), 72 N.R. 388 (F.C.A.)	314
<i>Assoc. of Engineers of Bell Canada v. Bell Canada</i> (1976), 76 CLLC 469; [1976] 1 Can. L.R.R.B. 345	652
<i>Astra Pharmaceuticals Canada Ltd. et al. v. Apotex Inc.</i> (1984), 1 C.P.R. (3d) 513 (F.C.T.D.)	528
<i>Atland Containers Ltd. v. Macs Corp. Ltd. et al.</i> (1974), 7 O.R. (2d) 107; 54 D.L.R. (3d) 363; 17 C.P.R. (2d) 16 (H.C.)	684
<i>Attaie (SM) v MNR</i> , [1985] 2 CTC 2331; (1985), 85 DTC 613 (T.C.C.)	325
<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	410
<i>Attorney General of Canada v. Lachapelle</i> , [1979] 1 F.C. 377; (1978), 91 D.L.R. (3d) 674 (T.D.)	314
<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	465
<i>Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada</i> , [1937] A.C. 405 (P.C.)	500
<i>Attorney-General for Ontario v. Fatehi et al.</i> (1981), 34 O.R. (2d) 129; 127 D.L.R. (3d) 603; 18 C.C.L.T. 97; 13 M.V.R. 180 (C.A.); revd on other grounds [1984] 2 S.C.R. 536; (1984), 15 D.L.R. (4th) 132; 31 C.C.L.T. 1; 31 M.V.R. 301; 56 N.R. 62; 60 A.C. 270	114
<i>B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.</i> , [1986] 1 S.C.R. 228; (1986), 26 D.L.R. (4th) 1; [1986] 3 W.W.R. 216; 1 B.C.L.R. (2d) 324; 36 C.C.L.T. 87; 65 N.R. 261	114
<i>Bains v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , [1989] 3 F.C. 487; (1989), 61 D.L.R. (4th) 573 (C.A.)	288
<i>Baird v. The Queen in right of Canada</i> , [1984] 2 F.C. 160; (1983), 148 D.L.R. (3d) 1; 48 N.R. 276 (C.A.)	114
<i>Bank of Nova Scotia v. Blood</i> , Appeal #10275, judgment dated July 7, 1989, Alta. C.A., not yet reported	169
<i>Baxter Travenor Laboratories of Canada Ltd. et al. v. Cutter (Canada) Ltd.</i> , [1983] 2 S.C.R. 388; (1983), 2 D.L.R. (4th) 621; 1 C.I.P.R. 46; 36 C.P.C. 305; 75 C.P.R. (2d) 1; 50 N.R. 1	541
<i>Bell v. Wolfish</i> , 441 U.S. 520 (2nd Cir. 1979)	55
<i>Beloit Can. Ltée/Ltd. v. Valmet Oy</i> (1988), 18 C.I.P.R. 1; 20 C.P.R. (3d) 1; 15 F.T.R. 240; 82 N.R. 235 (F.C.A.)	541
<i>Bethlehem Steel Corporation v. St. Lawrence Seaway Authority</i> , [1978] 1 F.C. 464; (1977), 79 D.L.R. (3d) 522 (T.D.)	114
<i>Boardman (B.M.) et al. v. The Queen</i> , [1986] 1 C.T.C. 103; (1985), 85 DTC 5628 (F.C.T.D.)	445
<i>Brannon v. Minister of Employment and Immigration</i> , [1981] 2 F.C. 141; (1980), 34 N.R. 411 (C.A.)	615
<i>Bronfman Trust v. The Queen</i> , [1987] 1 S.C.R. 32; (1987), 36 D.L.R. (4th) 197; [1987] 1 C.T.C. 117; 87 DTC 5059; 25 E.T.R. 13; 71 N.R. 134	325
<i>Burnell v. British Transport Commission</i> , [1956] 1 Q.B. 187 (C.A.)	10
<i>Butler et al. v. Regional Assessment Commissioner, Assessment Region No. 9</i> (1982), 39 O.R. (2d) 365; 139 D.L.R. (3d) 158; 19 M.P.L.R. 233 (H.C.)	353

	PAGE
<i>C.P. Ships v. Les Industries Lyon Corduroys Ltée</i> , [1983] 1 F.C. 736; (1982), 21 B.L.R. 185; 44 C.B.R. (N.S.) 163 (T.D.)	684
<i>Caltex Oil (Australia) Pty. Ltd. v. The Dredge "Willemstad"</i> (1976), 136 C.L.R. 529; 11 A.L.R. 227 (H.C.)	114
<i>Canada (Attorney General) v. Sirois</i> (1988), 90 N.R. 39 (F.C.A.)	652
<i>Canada (Attorney General) v. Vincer</i> , [1988] 1 F.C. 714; (1987), 46 D.L.R. (4th) 165; 82 N.R. 352 (C.A.)	55
<i>Canada (Attorney General) v. Vincer</i> , [1988] 1 F.C. 714; (1987), 46 D.L.R. (4th) 165; 82 N.R. 352 (C.A.)	652
<i>Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of External Affairs)</i> , [1989] 1 F.C. 3; (1988), 18 F.T.R. 278 (T.D.)	22
<i>Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Nabiye</i> , [1989] 3 F.C. 424; (1989), 102 N.R. 390 (C.A.)	288
<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.)	665
<i>Canada (Procureur général) v. Sirois</i> (1988), 90 N.R. 39 (F.C.A.)	55
<i>Canadian Council of Churches v. Canada</i> , [1990] 2 F.C. 534; (1990), 106 N.R. 61 (C.A.)	615
<i>Canadian Dredge & Dock Co. et al. v. The Queen</i> , [1985] 1 S.C.R. 662; (1985), 19 C.C.C. (3d) 1; 45 C.R. (3d) 289; 59 N.R. 241; 9 O.A.C. 321	185
<i>Canadian Football League v. Canadian Human Rights Commission</i> , [1980] 2 F.C. 329 (T.D.)	489
<i>Canadian Wildlife Federation Inc. v. Canada (Minister of the Environment)</i> , [1989] 3 F.C. 309; [1989] 4 W.W.R. 526; (1989), 37 Admin. L.R. 39; 3 C.E.L.R. (N.S.) 287; 26 F.T.R. 245 (T.D.); affd [1990] 2 W.W.R. 69; (1989), 38 Admin. L.R. 138; 4 C.E.L.R. (N.S.) 1; 27 F.T.R. 159; 99 N.R. 72 (F.C.A.)	410
<i>Canadian Wildlife Federation Inc. v. Canada (Minister of the Environment)</i> , [1989] 3 F.C. 309; [1989] 4 W.W.R. 526; (1989), 37 Admin. L.R. 39; 3 C.E.L.R. (N.S.) 287; 26 F.T.R. 245 (T.D.); affd [1990] 2 W.W.R. 69; (1989), 38 Admin. L.R. 138; 4 C.E.L.R. (N.S.) 1; 27 F.T.R. 159; 99 N.R. 72 (F.C.A.)	381
<i>Canadian Wildlife Federation Inc. et al. v. Canada (Minister of the Environment) and Saskatchewan Water Corp.</i> (1989), 31 F.T.R. 1 (F.C.T.D.)	410
<i>Canadian Wildlife Federation Inc. et al. v. Canada (Minister of the Environment) and Saskatchewan Water Corp.</i> (1989), 31 F.T.R. 1 (F.C.T.D.)	381
<i>Candlewood Navigation Corpn. Ltd. v. Mitsui O.S.K. Lines Ltd. ["The Mineral Transporter"]</i> , [1986] A.C. 1; [1985] 2 All ER 935 (P.C.)	114
<i>Cape Breton Development Corporation and United Mine Workers of America, District No. 26, et al.</i> (1987), 72 di 73; 80 CLLC 14,020 (CLRb)	652
<i>Cartier, Inc. v. Doe</i> , [1990] 2 F.C. 234 (T.D.)	353
<i>Cartier, Inc. v. John Doe</i> (1987), 13 C.I.P.R. 316 (F.C.T.D.)	353
<i>Cathay International Television Inc. v. Canadian Radio-television and telecommunications Commission</i> (1987), 15 C.P.R. (3d) 417; 80 N.R. 117 (F.C.A.)	250
<i>Cattle v. Stockton Waterworks Company</i> (1875), L.R. 10 Q.B. 453	114
<i>Central Trust Co. v. Rafuse</i> , [1986] 2 S.C.R. 147; (1986), 75 N.S.R. (2d) 109; 31 D.L.R. (4th) 481; 186 A.P.R. 109; 34 B.L.R. 187; 37 C.C.L.T. 117; 42 R.P.C. 161	114

	PAGE
Chamberlist v. Collins et al. (1962), 34 D.L.R. (2d) 414; 39 W.W.R. 65 (B.C.C.A.)	465
<i>Chastine Maersk (The) v. Trans-Mar Trading Co. Ltd.</i> , T-1357-74, Mahoney J., judgment dated 6/11/74, F.C.T.D., not reported	684
<i>Cimaroli v. Pugliese</i> (1987), 25 C.P.C. (2d) 10 (Ont. S.C.)	528
<i>Citizens Insurance Company of Canada v. Parsons</i> (1881), 7 App. Cas. 96 (P.C.)	500
<i>Commissioner of Stamps v. Hope</i> , [1891] A.C. 476 (P.C.)	169
<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	457
<i>Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Limited v. CTV</i> , [1968] S.C.R. 676	489
<i>Crispin & Co. v. Evans, Coleman & Evans Ltd.</i> (1922), 31 B.C.R. 328; 68 D.L.R. 623; [1922] 3 W.W.R. 264 (S.C.)	684
<i>Crysdale et al. v. Carter-Baron Drilling Services Partnership et al.; Jones et al.; Third Parties</i> (1987), 61 O.R. (2d) 663; 22 C.P.C. (2d) 232 (S.C.)	10
<i>Cumming, Ronald K. v. Minister of National Revenue</i> , [1968] 1 Ex.C.R. 425; (1967), C.T.C. 462; (1967), 67 DTC 5312	227
<i>D. & F. Estates Ltd. v. Church Comrs. for England</i> , [1989] 1 A.C. 177 (H.L.)	114
<i>Darwich v. Minister of Manpower and Immigration</i> , [1979] 1 F.C. 365; (1978), 25 N.R. 462 (C.A.)	250
<i>Davies v. Elshy Brothers, Ltd.</i> , [1960] 3 All E.R. 672 (C.A.)	353
<i>Davidson v. Canada (Solicitor General)</i> , [1989] 2 F.C. 341; (1989), 36 Admin. L.R. 251 (C.A.)	642
<i>Davidson v. Canada (Solicitor General)</i> , [1989] 2 F.C. 341; (1989), 47 C.C.C. (3d) 104; 24 C.P.R. (3d) 129; 98 N.R. 126 (C.A.)	22
<i>Di Giacomo v. Di Giacomo Canada Inc.</i> (1988), 20 C.P.R. (3d) 251 (Ont. H.C.)	541
<i>Dion c. Procureur général du Canada</i> , [1986] R.J.Q. 2196; 30 C.C.C. (3d) 108; [1986] D.L.Q. 353 (S.C.)	55
<i>Doland (George) Ltd v Blackburn Robson Coates Et Co (a firm)</i> , [1972] 3 All ER 959 (Q.B.)	10
<i>Dominion Tape of Canada Ltd. v. L.R. McDonald & Sons Ltd. et al.</i> , [1971] 3 O.R. 627; (1971), 21 D.L.R. (3d) 299 (Co. Ct.)	114
<i>Donoghue v. Stevenson</i> , [1932] A.C. 562 (H.L.)	114
<i>Dorset Yacht Co. Ltd. v. Home Office</i> , [1970] A.C. 1004 (H.L.)	114
<i>Dukoﬀ et al. v. Toronto General Hospital et al.</i> (1986), 54 O.R. (2d) 58; 8 C.P.C. (2d) 93 (H.C.)	353
<i>Duncan v. Canada (Minister of National Defence)</i> (1989), 52 C.C.C. (3d) 86 (F.C.T.D.)	560
<i>East River S.S. Corp. v. Transamerica Delaval, Inc.</i> , 106 S. Ct. 2295 (1986)	114
<i>Emerson (R.I.) v. The Queen</i> , [1986] 1 C.T.C. 422; (1986), 86 DTC 6184 (F.C.A.)	325
<i>English, Scottish and Australian Bank, Ld. v. Commissioners of Inland Revenue</i> , [1932] A.C. 238 (H.L.)	169
<i>Ernewein v. Minister of Employment and Immigration</i> , [1980] 1 S.C.R. 639; (1979), 103 D.L.R. (3d) 1; 14 C.P.C. 264; 30 N.R. 316	560
<i>Fawcett & Grant Ltd. v. M.N.R.</i> (1965), 65 DTC 313 (T.A.B.)	337
<i>Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of the Environment) and Saskatchewan Water Corp.</i> (1989), 31 F.T.R. 1 (F.C.T.D.)	381

	PAGE
<i>Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)</i> , [1990] 2 F.C. 18 (C.A.)	410
<i>Fung v. Minister of Employment and Immigration</i> (1989), 27 F.T.R. 182 (F.C.T.D.)	705
<i>Gariepy v. Canada (Administrator of Federal Court)</i> , [1989] 2 F.C. 353; (1988), 24 F.T.R. 216 (T.D.)	457
<i>General Motors of Canada Ltd. v. Naken et al.</i> , [1983] 1 S.C.R. 72; (1983), 144 D.L.R. (3d) 385; 32 C.P.C. 138; 46 N.R. 139	353
<i>Gill v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , [1987] 2 F.C. 425; (1987), 27 Admin. L.R. 257; 27 C.R.R. 235; 80 N.R. 1 (C.A.)	288
<i>Gold v. The DeHavilland Aircraft of Can. Ltd.</i> , [1983] 6 W.W.R. 229; (1983), 25 C.C.L.T. 180 (B.C.S.C.)	114
<i>Golden Eagle Liberia Ltd. et al. v. International Organization of Masters, Mates and Pilots</i> , [1974] 5 W.W.R. 49 (B.C.S.C.)	353
<i>Gonzales v. Minister of Employment and Immigration</i> , [1981] 2 F.C. 781	314
<i>Goodwin Johnson (1960) Ltd v The Queen</i> , [1983] CTC 389; (1983), 83 DTC 5417 (F.C.T.D.)	445
<i>Government of Canada v. Perry et al.</i> (1981), 41 N.R. 92 (F.C.A.)	353
<i>Grand Champion Tankers Ltd v Norpipe A/S (The Marion)</i> , [1984] 2 All ER 343 (H.L.)	185
<i>Great Atlantic Insurance Co v Home Insurance Co.</i> [1981] 2 All ER 485 (C.A.)	10
<i>Great West Saddlery Co. v. The King</i> , [1921] 2 A.C. 91 (P.C.)	500
<i>Grillas v. Minister of Manpower and Immigration</i> , [1972] S.C.R. 577; (1971), 23 D.L.R. (3d) 1	288
<i>Guaranty Properties Ltd. v. Canada</i> , [1987] 2 F.C. 292; [1987] 1 C.T.C. 242; (1987), 87 DTC 5124; 9 F.T.R. 17 (T.D.)	337
<i>Guccio Gucci v. Cebuchier</i> (T-408-88, Jerome A.C.J., order dated 15/1/90, F.C.T.D., not reported)	541
<i>Guccio Gucci S.p.A. v. Silvert</i> (1988), 18 C.I.P.R. 274; 19 C.P.R. (3d) 256 (F.C.T.D.)	541
<i>Guilford Industries Ltd. v. Hankinson Management Services Ltd. et al.</i> (1973), 40 D.L.R. (3d) 398; [1974] 1 W.W.R. 141 (B.C.S.C.)	684
<i>Gypsum Carrier Inc. v. The Queen</i> , [1978] 1 F.C. 147; (1977), 78 D.L.R. (3d) 175 (T.D.)	114
<i>H.L. Bolton (Engineering) Co. Ltd. v. T.J. Graham & Sons Ltd.</i> , [1957] 1 Q.B. 159 (C.A.)	185
<i>Hadley v. Baxendale</i> (1854), 9 Ex. 341	684
<i>Haig v. Bamford et al.</i> , [1977] 1 S.C.R. 466; (1976), 72 D.L.R. (3d) 68; [1976] 3 W.W.R. 331; 27 C.P.R. (2d) 149; 9 N.R. 43	114
<i>Hajariwala v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , [1989] 2 F.C. 79; (1988), 34 Admin. L.R. 206; 23 F.T.R. 241; 6 Imm.L.R. (2d) 222 (T.D.)	705
<i>Hammond v. Bussey</i> (1887), 20 Q.B.D. 79 (C.A.)	684
<i>Harelkin v. University of Regina</i> , [1979] 2 S.C.R. 561; [1979] 3 W.W.R. 676; (1979), 26 N.R. 364	410
<i>Heath Steele Mines Limited v. Kelly and Astle</i> (1978), 22 N.B.R. (2d) 619; 39 A.P.R. 7; 7 C.P.C. 63 (C.A.)	353
<i>Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.</i> , [1964] A.C. 465 (H.L.)	114
<i>Hendricks v. R.</i> , [1970] Ex.C.R. 750	701

	PAGE
<i>Hill v. Chief Constable of West Yorkshire</i> , [1989] A.C. 53 (H.L.)	114
<i>Hoedel (G.) v. The Queen</i> , [1986] 2 C.T.C. 419; (1986), 86 DTC 6535; 73 N.R. 399 (F.C.A.)	3
<i>Hope v. Hope</i> (1854), 43 E.R. 534 (Ch.D.)	541
<i>Horton v Young (Inspector of Taxes)</i> , [1971] 3 All ER 412 (C.A.)	227
<i>House of Commons v. Canada Labour Relations Board</i> , [1986] 2 F.C. 372; (1986), 27 D.L.R. (4th) 481; 86 C.L.L.C. 14,034; 66 N.R. 46 (C.A.)	465
<i>Hudson v. Palmer</i> , 468 U.S. 517 (4th Cir. 1984)	55
<i>Hugo Boss v. Brunswick</i> (T-1436-87, Jerome A.C.J., order dated 14/9/87, F.C.T.D., not reported)	541
<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 DTC 6467; 55 N.R. 241	55
<i>Ito—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.</i> , [1986] 1 S.C.R. 752	260
<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	32
<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	465
<i>In re Anti-dumping Tribunal and re transparent sheet glass</i> , [1972] F.C. 1078; 30 D.L.R. (3d) 678 (T.D.)	560
<i>In re H. K. (An Infant)</i> , [1967] 2 Q.B. 617 (H.L.)	705
<i>In re The "Europa"</i> (1863), BR. & L. 89 (P.C.)	301
<i>In re The "Hero"</i> (1865), BR. & L. 447 (H.C. of Adm.)	301
<i>In re The "Volant"</i> (1842), 1 W. Rob. 383 (H.C. of Adm.)	301
<i>International Union of Mine, Mill & Smelter Workers, Ex parte, R. v. British Columbia Labour Relations Board</i> (1964), 45 D.L.R. (2d) 27; 48 W.W.R. 15 (B.C.C.A.)	457
<i>Interocean Shipping Company v. The Ship Atlantic Splendour</i> , [1984] 1 F.C. 931; (1983), 26 C.C.L.T. 189 (T.D.)	114
<i>Jackson v. Bubela et al.</i> (1972), 28 D.L.R. (3d) 500; [1972] 5 W.W.R. 80 (B.C.C.A.)	353
<i>Javor v. U.S.</i> , 724 F.2d 831 (9th Cir., 1984)	238
<i>Jensen v. Lick</i> , 589 F. Supp. 35 (Dist. Ct. 1984)	55
<i>John v. Rees</i> , [1970] Ch. 345; [1969] 2 All E.R. 274	353
<i>John Deere Plow Company v. Wharton</i> , [1915] A.C. 330 (P.C.)	500
<i>Junior Books Ltd. v. Veitchi Co. Ltd.</i> , [1983] A.C. 520; [1982] 3 All ER 201 (H.L.)	114
<i>Kamloops (City of) v. Nielsen et al.</i> , [1984] 2 S.C.R. 2; (1984), 10 D.L.R. (4th) 641; [1984] 5 W.W.R. 1; 29 C.C.L.T. 97	114
<i>Kasler and Cohen v. Slavouski</i> , [1928] 1 K.B. 78	684
<i>Kaur v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , [1990] 2 F.C. 209; (1989), 64 D.L.R. (4th) 317; 104 N.R. 50 (C.A.)	288
<i>Kennedy et al. v. Diversified Mining Interests (Canada) Limited et al.</i> , [1948] O.W.N. 798 (H.C.)	10
<i>Kielley v. Carson</i> (1842), 13 E.R. 225 (P.C.)	465

	PAGE
<i>Kiist v. Canadian Pacific Railway Co.</i> , [1982] 1 F.C. 361; (1981), 123 D.L.R. (3d) 434; 37 N.R. 91 (C.A.)	353
<i>Kimbudi v. Minister of Employment and Immigration</i> (1982), 40 N.R. 566 (F.C.A.)	587
<i>King v. Kobot</i> (1980), 31 O.R. (2d) 461; 119 D.L.R. (3d) 154; 18 C.P.C. 269 (H.C.)	541
<i>Komo Construction Inc. et al. v. Commission des Relations de travail du Québec et al.</i> , [1968] S.C.R. 172; (1967), 1 D.L.R. (3d) 125	314
<i>Krimson Corp. v. Persons Unknown</i> , T-1714-87, Jerome A.C.J., order dated 12/8/87, not reported	353
<i>Kwok v. Comr. of Estate Duty</i> , [1988] 1 W.L.R. 1035 (P.C.)	169
<i>Landers et al. v. Woodworth</i> (1878), 2 S.C.R. 158	465
<i>Lanza v. New York</i> , 370 U.S. 139 (Ct. App. N.Y. 1962)	55
<i>Lapointe v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)</i> , [1987] 1 F.C. 445; (1986), 6 F.T.R. 134 (T.D.)	10
<i>Law v. Solicitor General of Canada</i> , [1985] 1 F.C. 62; (1984), 11 D.L.R. (4th) 608; 57 N.R. 45 (C.A.)	55
<i>Lee v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , F.C.A., A-401-89, Heald J.A., judgment dated 22/2/90, not yet reported	238
<i>Lee v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , A-401-89, Heald J.A., judgment dated 22/2/90, F.C.A., not yet reported	587
<i>Leigh and Sillavan Ltd. v. Aliakmon Shipping Co. Ltd.</i> , [1986] A.C. 785; [1986] 2 All ER 145 (H.L.)	114
<i>Lennard's Carrying Company v. Asiatic Petroleum Company</i> , [1915] A.C. 705 (H.L.)	185
<i>Lessard v. Paquin et al.</i> , [1975] 1 S.C.R. 665; (1974), 56 D.L.R. (3d) 726; 10 N.R. 620	227
<i>Life Underwriters Association of Canada v. Provincial Association of Quebec Life Underwriters</i> , [1989] 1 F.C. 570; (1988), 33 C.C. L.I. 62; 19 C.I.P.R. 261; 22 C.P.R. (3d) 1; 20 F.T.R. 274 (T.D.)	500
<i>Luscher v. Deputy Minister, Revenue Canada, Customs and Excise</i> , [1985] 1 F.C. 85; (1985), 17 D.L.R. (4th) 503; 9 C.E.R. 229; 45 C.R. (3d) 81; 15 C.R.R. 167; [1985] 1 C.T.C. 246; 57 N.R. 386 (C.A.)	55
<i>Lumley v. Gye</i> (1853), 2 El. & Bl. 216 (Q.B.)	114
<i>Macdonalds Consolidated Ltd. v. The Viajero</i> , [1977] 1 F.C. 648 (T.D.)	185
<i>Mack v. U.S., F.B.I.</i> , 653 F.Supp. 70 (S.D.N.Y. 1986); appeal dismissed 814 F.2d 120 (2nd Cir. 1987)	55
<i>MacLean v. Nova Scotia (Attorney General)</i> (1987), 76 N.S.R. (2d) 296; 35 D.L.R. (4th) 306; 189 A.P.R. 296; 27 C.R.R. 212 (S.C.)	465
<i>MacMillan Bloedel Ltd. v. Foundation Company of Canada Ltd.</i> (1977), 75 D.L.R. (3d) 294; [1977] 2 W.W.R. 717; 1 C.C.L.T. 358 (B.C.S.C.)	114
<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.)	665
<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	705
<i>Martineau et al. v. Matsqui Institution Inmate Disciplinary Board</i> , [1978] 1 S.C.R. 118; (1977), 74 D.L.R. (3d) 1; 33 C.C.C. (2d) 366; 14 N.R. 285	55

	PAGE
<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	337
<i>Maughan and Maughan v. International Harvester Company of Canada Limited</i> (1980), 38 N.S.R. (2d) 101; 112 D.L.R. (3d) 243 (C.A.)	114
<i>McBeth v. Dalhousie University</i> (1986), 72 N.S.R. (2d) 224; 26 D.L.R. (4th) 321; 173 A.P.R. 224; 10 C.P.C. (2d) 69 (N.S.C.A.)	642
<i>McCutcheon v. MacBrayne (David), Ltd.</i> , [1964] 1 All E.R. 430 (H.L.)	185
<i>McDonnell v. Hunter</i> , 809 F.2d 1302 (8th Cir. 1987)	55
<i>Mehr v. Law Society of Upper Canada</i> , [1955] S.C.R. 344; [1955] 2 D.L.R. 289	560
<i>Melville (City of) v. Attorney General of Canada</i> , [1982] 2 F.C. 3; (1981), 129 D.L.R. (3d) 488 (T.D.)	295
<i>Merco Nordstrom Valve Company and Peacock Brothers Limited v. J. F. Comer</i> , [1942] Ex.C.R. 156; [1942] 1 D.L.R. 316; (1942), 1 C.P.R. 177; 2 Fox. Pat. C. 8	701
<i>Metlakatla Ferry Service Ltd. v. The Queen in Right of British Columbia</i> (1987), 37 D.L.R. (4th) 322; 12 B.C.L.R. (2d) 308; [1987] 2 C.N.L.R. 95 (B.C.C.A.)	169
<i>Micro Chemicals Limited v. Smith, Kline & French Inter-American Corporation</i> , [1972] S.C.R. 506; (1971), 25 D.L.R. (3d) 79; 2 C.P.R. (2d) 193	528
<i>Midway Mfg. Co. v. Bernstein</i> , [1983] 1 F.C. 510; (1982), 67 C.P.R. (2d) 112 (T.D.)	528
<i>Mikaeli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , [1990] 1 F.C. 562 (T.D.)	514
<i>Mills v. The Queen</i> , [1986] 1 S.C.R. 863; (1986), 29 D.L.R. (4th) 161; 26 C.C.C. (3d) 481; 52 C.R. (3d) 1; 67 N.R. 241	55
<i>Mills v. The Queen</i> , [1986] 1 S.C.R. 863; (1986), 29 D.L.R. (4th) 161; 26 C.C.C. (3d) 481; 52 C.R. (3d) 1; 67 N.R. 241	465
<i>Minister of Justice 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	615
<i>Minister of National Revenue v. Dufresne, Didace</i> , [1967] 2 Ex.C.R. 128; [1967] C.T.C. 153; (1967), 67 DTC 5105	445
<i>Minister of National Revenue v. Granite Bay Timber Co. Ltd.</i> , [1958] Ex.C.R. 179; [1958] C.T.C. 117; (1958), 58 DTC 1066	445
<i>Mitchell v. Sandy Bay Indian Band</i> , [1983] 5 W.W.R. 117; (1983), 22 Man. R. (2d) 286; [1983] 4 C.N.L.R. 50 (Man. Q.B.)	169
<i>Mojica v. Minister of Manpower and Immigration</i> , [1977] 1 F.C. 458; (1976), 14 N.R. 162 (C.A.)	250
<i>Montreal Street Railway Company v. Normadin</i> , [1917] A.C. 170 (P.C.)	295
<i>Montres Rolex S.A. v. Balshin</i> , T-2335-86, Jerome A.C.J., order dated 11/2/88, not reported	353
<i>Montres Rolex S.A. v. Canada</i> , [1988] 2 F.C. 39; (1987), 14 C.E.R. 309; 17 C.P.R. (3d) 507 (T.D.)	353
<i>Montres Rolex S.A. v. Lifestyles Imports Inc.</i> (1988), 23 C.P.R. (3d) 436 (F.C.T.D.)	353
<i>Montres Rolex S.A. et al. v. Herson et al.</i> (1987), 15 C.P.R. (3d) 368; 12 F.T.R. 70 (F.C.T.D.)	541
<i>Morrison Steamship Co., Ltd. v. Greystoke Castle (Cargo Owners)</i> , [1947] A.C. 265 (H.L.)	114

	PAGE
<i>N.M. Paterson & Sons Ltd. v. Canadian Vickers Ltd.</i> , [1959] Ex.C.R. 289	701
<i>Naredo v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , T-1985-89, judgment dated 24/7/90, F.C.T.D., not yet reported	615
<i>Naskapi-Montagnais Innu Assn. v. Canada (Minister of National Defence)</i> , [1990] 3 F.C. 381 (T.D.)	410
<i>National Parks and Conservation Ass'n. v. Morton</i> , 498 F.2d 765 (C.A.D.C. 1974)	665
<i>National Treasury Employees Union v. Von Raab</i> , 816 F.2d 170 (5th Cir. 1987) upheld on appeal 103 L.Ed. 2d 685 (1989)	55
<i>New York Life Insurance Co. v. Public Trustee</i> , [1924] 2 Ch. 101 (C.A.)	169
<i>Newsom v. Robertson (Inspector of Taxes)</i> , [1952] 2 All E.R. 728 (C.A.)	227
<i>Nicholls v. Township of Richmond et al.</i> (1983), 145 D.L.R. (3d) 362; [1983] 4 W.W.R. 169; 43 B.C.L.R. 162; 1 C.C.E.L. 188; 24 C.C.L.T. 253; 33 C.P.C. 310 (C.A.)	114
<i>Noël v. Great Lakes Pilotage Authority Ltd.</i> , [1988] 2 F.C. 77; (1987), 45 D.L.R. (4th) 127; 20 F.T.R. 257 (T.D.)	665
<i>Noor v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , [1989] R.J.Q. 967 (S.C.)	238
<i>Noor v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , [1990] R.J.Q. 668 (C.A.)	238
<i>Northern Fishing Company (Hull), Ltd. v. Eddom and Others</i> , [1960] 1 Lloyd's Rep. 1 (H.L.)	185
<i>Nowak v. Sanyshyn et al.</i> (1979), 23 O.R. (2d) 797; 9 C.P.C. 303 (H.C.)	10
<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	169
<i>Nunes Diamonds (J.) Ltd. v. Dominion Electric Protection Co.</i> , [1972] S.C.R. 769; (1972), 26 D.L.R. (3d) 699	114
<i>Oag v. Canada</i> , [1987] 2 F.C. 511; (1987), 33 C.C.C. (3d) 340; 73 N.R. 149 (C.A.)	32
<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	55
<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	381
<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	465
<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	642
<i>Palmer-McLellan (United) Ltd. v. M.N.R.</i> (1967), 67 DTC 323 (T.A.B.)	337
<i>Palmer-McLellan (United) Ltd. v. Minister of National Revenue</i> , [1969] 1 Ex.C.R. 107; [1968] C.T.C. 448; (1968), 68 DTC 5304	337
<i>Peranzo v. Coughlin</i> , 675 F. Supp. 102 (S.D.N.Y. 1987)	55
<i>Phillips v. Eyre</i> (1870), L.R. 6 Q.B. 1 (Ex. Ch.)	260
<i>Plombelec Inc. c. Melançon</i> , [1978] R.P. 31 (Que. C.A.)	314
<i>Poje v. A.G. for British Columbia</i> , [1953] 1 S.C.R. 516; 2 D.L.R. 785; (1953), 105 C.C.C. 311; 17 C.R. 176	541
<i>Polylok Corporation v. Montreal Fast Print (1975) Ltd.</i> , [1984] 1 F.C. 713; (1983), 1 C.I.P.R. 113; 76 C.P.R. (2d) 151; 41 C.P.C. 294; 52 N.R. 218 (C.A.)	701
<i>Posen v. Minister of Consumer and Corporate Affairs Canada</i> , [1980] 2 F.C. 259 (C.A.)	489

	PAGE
<i>Profekta International Inc. v. Pearl Video Ltd.</i> (1987), 16 C.I.P.R. 193; 16 C.P.R. (3d) 97; 13 F.T.R. 170 (F.C.T.D.)	541
<i>Province of Bombay v. Municipal Corporation of the City of Bombay and Another</i> , [1947] A.C. 58	410
<i>Public Service Alliance of Canada v. The Queen</i> , [1984] 2 F.C. 889; (1984), 11 D.L.R. (4th) 387; 84 CLLC 10,054; 11 C.R.R. 97; 55 N.R. 285 (C.A.); affd [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	652
<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	55
<i>R. v. Black & Decker Manufacturing Co. Ltd.</i> , [1975] 1 S.C.R. 411; (1974), 43 D.L.R. (3d) 393; 15 C.C.C. (2d) 193; 13 C.P.R. (2d) 97; 1 N.R. 299; revg <i>Re Black and Decker Manufacturing Co. Ltd. and The Queen</i> , [1973] 2 O.R. 460; (1973), 34 D.L.R. (3d) 308; 11 C.C.C. (2d) 470; 10 C.P.R. (2d) 154 (Ont. C.A.)	337
<i>R. v. Collins</i> , [1987] 1 S.C.R. 265; (1987), 38 D.L.R. (4th) 508; [1987] 3 W.W.R. 699; 13 B.C.L.R. (2d) 1; 33 C.C.C. (3d) 1; 56 C.R. (3d) 193; 28 C.R.R. 122; 74 N.R. 276	55
<i>R. v. Dymnt</i> (1986), 57 Nfld. & P.E.I.R. 210; 26 D.L.R. (4th) 399; 170 A.P.R. 210; 25 C.C.C. (3d) 120; 49 C.R. (3d) 338; 38 M.V.R. 222 (P.E.I.C.A.)	55
<i>R. v. Enns</i> (1987), 85 A.R. 7; 3 W.C.B. (2d) 186 (Prov. Ct.)	55
<i>R. v. Garofoli</i> (1988), 41 C.C.C. (3d) 97; 64 C.R. (3d) 193; 27 O.A.C. 1 (Ont. C.A.)	238
<i>R. v. H.J. O'Connell Ltd.</i> , [1962] B.R. 666 (Que. C.A.)	185
<i>R. v. Holman</i> (1982), 28 C.R. (3d) 378; 16 M.V.R. 225 (B.C. Prov. Ct.)	55
<i>R. v. Katsigiorgis</i> (1987), 62 O.R. (2d) 441; 39 C.C.C. (3d) 256; 4 M.V.R. (2d) 102; 23 O.A.C. 27 (C.A.)	55
<i>R. v. Kwok</i> (1986), 31 C.C.C. (3d) 196; 18 O.A.C. 38 (Ont. C.A.)	587
<i>R. v. L.A.R.</i> (1985), 17 D.L.R. (4th) 268; [1985] 3 W.W.R. 289; 32 Man. R. (2d) 291; 18 C.C.C. (3d) 104; 45 C.R. (3d) 209; 14 C.R.R. 328; 32 M.V.R. 61 (C.A.)	55
<i>R. v. Manninen</i> , [1987] 1 S.C.R. 1233; (1987), 41 D.L.R. (4th) 301; 34 C.C.C. (3d) 385; 58 C.R. (3d) 97; 76 N.R. 198	587
<i>R. v. Morgentaler</i> , [1988] 1 S.C.R. 30; (1988), 63 O.R. (2d) 281; 44 D.L.R. (4th) 385; 37 C.C.C. (3d) 449; 62 C.R. (3d) 1; 31 C.R.R. 1; 82 N.R. 1; 26 O.A.C. 1	55
<i>R. v. Morgentaler, Smoling and Scott</i> (1984), 48 O.R. (2d) 519; 14 D.L.R. (4th) 184; 16 C.C.C. (3d) 1; 41 C.R. (3d) 262; 14 C.R.R. 107; 6 O.A.C. 53 (C.A.)	465
<i>R. v. National Indian Brotherhood</i> , [1979] 1 F.C. 103 (T.D.)	169
<i>R. v. Noble</i> (1984), 48 O.R. (2d) 643; 14 D.L.R. (4th) 216; 16 C.C.C. (3d) 146; 42 C.R. (3d) 209; 12 C.R.R. 138; 6 O.A.C. 11 (C.A.)	55
<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	55
<i>R. v. Ouellette</i> , [1980] 1 S.C.R. 568; (1980), 111 D.L.R. (3d) 216; 52 C.C.C. (2d) 536; 15 C.R. (3d) 373; 32 N.R. 361	410
<i>R. v. Racette</i> (1988), 48 D.L.R. (4th) 412; [1988] 2 W.W.R. 318; 61 Sask. R. 248; 39 C.C.C. (3d) 289; 6 M.V.R. (2d) 55 (Sask. C.A.)	55
<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	55

<i>R. v. Simmons</i> , [1988] 1 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; 889 N.R. 1; 30 O.A.C. 241	587
<i>R. v. Sparrow</i> , [1990] 1 S.C.R. 1075	169
<i>R. v. St. Lawrence Corp. Ltd. (and nineteen others)</i> , [1969] 2 O.R. 305; (1969), 5 D.L.R. (3d) 263; [1969] 3 C.C.C. 263; 59 C.P.R. 97; 7 C.R.N.S. 265 (C.A.) . .	185
<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	587
<i>R. v. Thomsen</i> , [1988] 1 S.C.R. 640; (1988), 40 C.C.C. (3d) 411; 63 C.R. (3d) 1; 32 C.R.R. 257; 4 M.V.R. (2d) 185; 84 N.R. 347	587
<i>R. v. Wigglesworth</i> , [1987] 2 S.C.R. 541; (1987), 45 D.L.R. (4th) 235; [1988] 1 W.W.R. 193; 61 Sask. R. 105; 37 C.C.C. (3d) 385; 60 C.R. (3d) 193; 81 N.R. 161	560
<i>Rajudeen v. Minister of Employment and Immigration</i> (1984), 55 N.R. 129 (C.A.)	250
<i>Re Abel et al. and Advisory Review Board</i> (1980), 31 O.R. (2d) 520; 119 D.L.R. (3d) 101; 56 C.C.C. (2d) 153 (C.A.)	410
<i>Re Avery</i> , [1952] O.R. 192; [1952] 2 D.L.R. 413 (C.A.)	541
<i>Re B.C. Motor Vehicle Act</i> , [1985] 2 S.C.R. 486; (1985), 24 D.L.R. (4th) 536; [1986] 1 W.W.R. 481; 69 B.C.L.R. 145; 23 C.C.C. (3d) 289; 48 C.R. (3d) 289; 18 C.R.R. 30; 36 M.V.R. 240; 63 N.R. 266	55
<i>Re Banque des Marchands de Moscou (Koupetschesky)</i> , [1954] 2 All E.R. 746 (Ch.D.)	169
<i>Re Clark et al. and Attorney-General of Canada</i> (1977), 17 O.R. (2d) 593; 81 D.L.R. (3d) 33; 34 C.P.R. (2d) 91 (H.C.)	465
<i>Re Consiglio et al.</i> , [1971] 3 O.R. 798 (M.C.)	541
<i>Re Gagliardi</i> (1960), 27 D.L.R. (2d) 281; 34 W.W.R. 193 (B.C.C.A.)	541
<i>Re Ontario Film & Video Appreciation Society and Ontario Board of Censors</i> (1984), 45 O.R. (2d) 80; 5 D.L.R. (4th) 766; 38 C.R. (3d) 271; 2 O.A.C. 388 (C.A.) . .	55
<i>Re Patchett et al. and Law Society of British Columbia et al. (No. 2)</i> (1979), 101 D.L.R. (3d) 210; [1979] 4 W.W.R. 534; 12 B.C.L.R. 82	314
<i>Re Resolution to amend the Constitution</i> , [1981] 1 S.C.R. 753; (1981), 34 Nfld. & P.E.I.R. 1; 125 D.L.R. (3d) 1; [1981] 6 W.W.R. 1; 95 A.P.R. 1; 11 Man. R. (2d) 1; 39 N.R. 1	465
<i>Re Wah Shing Television Ltd. et al. and Canadian Radio-television and telecommunications Commission et al.</i> (1984), 14 D.L.R. (4th) 425 (F.C.T.D.) . .	250
<i>Reference Re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)</i> , [1987] 1 S.C.R. 1148; (1987), 40 D.L.R. (4th) 18; 77 N.R. 241; 22 O.A.C. 321	465
<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. L.R. (2d) 97; 87 CLLC 14,021; [1987] D.L.Q. 225; 74 N.R. 99	652
<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 . .	642
<i>Reid v. Rush & Tompkins Group plc</i> , [1989] 3 All ER 228 (C.A.)	114
<i>Rich Colour Prints Ltd. v. Deputy Minister of National Revenue</i> , [1984] 2 F.C. 246; (1984), 60 N.R. 235 (C.A.)	250
<i>Richardson (James) & Sons, Ltd. v. "Robert J. Paisley"</i> , [1930] 2 D.L.R. 257 (P.C.)	185
<i>Risi Stone Ltd. v. Omni Stone Corp.</i> (1989), 23 C.P.R. (3d) 398 (Ont. S.C.)	10

	PAGE
<i>Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works et al.</i> , [1974] S.C.R. 1189; (1973), 40 D.L.R. (3d) 530; [1973] 6 W.W.R. 692	114
<i>Rogers v. Bank of Montreal</i> , [1985] 4 W.W.R. 508; (1985), 62 B.C.L.R. 387; 57 C.B.R. (N.S.) 256 (B.C.C.A.)	10
<i>Roman Corporation Ltd. et al. v. Hudson's Bay Oil and Gas Co. Ltd. et al.</i> , [1973] S.C.R. 820; (1973), 36 D.L.R. (3d) 413	260
<i>Ross v. Caunters</i> , [1980] Ch. 297	114
<i>Rothmans of Pall Mall Canada Ltd. v. Minister of National Revenue (No. 2)</i> , [1976] 2 F.C. 512; [1976] CTC 347 (C.A.)	705
<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.)	22
<i>Rupertsland Mtge. Inv. Ltd. v. City of Winnipeg</i> (1981), 23 C.P.C. 208 (Man. Co. Ct.)	541
<i>S.C.M. (United Kingdom) Ltd. v. W. J. Whittall and Son Ltd.</i> , [1971] 1 Q.B. 337 (C.A.)	114
<i>Saint John Shipbuilding Ltd. v. Canada (Minister of Supply and Services)</i> (1990), 67 D.L.R. (4th) 315 (F.C.A.)	665
<i>Sanderson v. Blyth Theatre Company</i> , [1903] 2 K.B. 533 (C.A.)	185
<i>Sandhu v. Canada (Min. of Employment & Immigration)</i> (1987), 26 Admin. L.R. 1; 1 Imm. L.R. (2d) 759; 78 N.R. 236 (F.C.A.)	288
<i>Saugeen Indian Band v. Canada</i> , [1990] 1 F.C. 403; (1989), 104 N.R. 201 (C.A.)	169
<i>Scott v. M.N.R.</i> (1966), 66 DTC 306 (T.A.B.)	337
<i>Seaward v. Paterson</i> , [1897] 1 Ch. 545 (C.A.)	541
<i>Seifu v. Immigration Appeal Board</i> , A-277-82, Pratte J.A., judgment dated 12/1/83, F.C.A., not reported	250
<i>Shairp v. M.N.R.</i> , [1989] 1 F.C. 562; [1988] 2 C.T.C. 344; (1988), 88 DTC 6484; 93 N.R. 396 (C.A.)	283
<i>Shoemaker v. Handel</i> , 795 F.2d 1136 (3rd Cir. 1986)	55
<i>Simpson v. Thomson</i> (1877), 3 App. Cas. 279 (H.L.)	114
<i>Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration</i> , [1985] 1 S.C.R. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1	55
<i>Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration</i> , [1985] 1 S.C.R. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 17; 58 N.R. 1	314
<i>Singh v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 10 (F.C.A.)	288
<i>Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration</i> , [1985] 1 S.C.R. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1	560
<i>Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration</i> , [1985] 1 S.C.R. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1	587
<i>Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration</i> , [1985] 1 S.C.R. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1	615
<i>Sinha (BBP) v. MNR</i> , [1981] CTC 2599; (1981), 85 DTC 613 (T.R.B.)	325
<i>Skinner v. Railway Labor Executives' Assn.</i> , 103 L.Ed 2d 639 (1989)	55
<i>Sloley v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , A-364-89, Heald J.A., judgment dated 22/2/90, F.C.A., not reported	587
<i>Sloley v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , F.C.A., A-364-89, Heald J.A., judgment dated 22/2/90, not yet reported	238
<i>Smith v. Cardiff Corp.</i> , [1953] 2 All E.R. 1373 (C.A.)	353

	PAGE
<i>Smith et al. v. Melancon</i> , [1976] 4 W.W.R. 9 (B.C.S.C.)	114
<i>Société des Usines Chimiques Rhône-Poulenc et al. v. Jules R. Gilbert Ltd. et al.</i> (1967), 35 Fox Pat. C. 174 (Ex. Ct.)	528
<i>Spartan Steel & Alloys Ltd. v. Martin & Co. (Contractors) Ltd.</i> , [1973] Q.B. 27 (C.A.)	114
<i>Spence v. Farrier</i> , 807 F.2d 753 (8th Cir. 1986)	55
<i>Stanward Corp. v. Denison Mines Ltd.</i> , [1966] 2 O.R. 585; (1966), 57 D.L.R. (2d) 674 (Ont. C.A.)	337
<i>Stein et al. v. "Kathy K" et al. (The Ship)</i> , [1976] 2 S.C.R. 802; (1975), 62 D.L.R. (3d) 1; 6 N.R. 359	185
<i>Stockdale v. Hansard</i> (1839), 48 Rev. Rep. 326 (Q.B.)	465
<i>Strickland v. Washington</i> , 466 U.S. 668 (1984)	238
<i>Sutherland Shire Council v. Heyman</i> (1985), 60 ALR 1 (H.C.)	114
<i>Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada Labour Relations Board</i> , [1984] 2 S.C.R. 412; 14 D.L.R. (4th) 457; (1984), 55 N.R. 321; 14 Admin. L.R. 72; 84 CLLC 14,069	652
<i>T Poje v. A. G. for British Columbia</i> , [1953] 1 S.C.R. 516; 2 D.L.R. 785; (1953), 105 C.C.C. 311; 17 C.R. 176	541
<i>Takeda Chemical Industries Ltd. et al. v. Novopharm Ltd.</i> (1985), 7 C.P.R. (3d) 426 (F.C.T.D.)	528
<i>Tétrault-Gadoury v. Canada (Canada Employment and Immigration Commission)</i> , [1989] 2 F.C. 245; (1988), 53 D.L.R. (4th) 384; 33 Admin. L.R. 244; 23 C.C.E.L. 103; 88 CLLC 14,050; 88 N.R. 6 (C.A.); leave to appeal granted [1989] 2 S.C.R. 1110	55
<i>The Bramley Moore</i> , [1963] 2 Lloyd's Rep. 429 (C.A.)	185
<i>The City of Mecca</i> (1879), 5 P.D. 28 (Adm. Div.)	301
<i>The Eudora</i> (1879), 4 P.D. 208	684
<i>The Fanchon</i> (1880), 50 L.J. Ad. 4 (P.D. & A.)	260
<i>The Kalamazoo</i> (1851), 15 Jur. 885 (Adm. Ct.)	301
<i>The Lady Gwendolen</i> , [1965] 1 Lloyd's Rep. 335 (C.A.)	185
<i>The Majfrid</i> (1943), 77 L.I. L. Rep. 127 (Adm. Div.)	301
<i>The Myrto</i> , [1977] 2 Lloyd's Rep. 243 (Q.B.D. Adm. Ct.)	260
<i>The Queen v. Attaie (S.M.)</i> , [1987] 2 C.T.C. 212; (1987), 87 DTC 5411; 13 F.T.R. 147 (F.C.T.D.)	325
<i>The Queen v. Cork (J)</i> , [1984] CTC 479; (1984), 84 DTC 6515 (F.C.T.D.)	227
<i>The Queen v Gurd's Products Co Ltd</i> , [1985] 2 CTC 85; (1985), 85 DTC 5314; 60 N.R. 184 (F.C.A.)	227
<i>The Torsol</i> (1938), 61 L.I. L. Rep. 207 (Adm. Div.)	684
<i>Trans-Prairie Pipelines, Ltd. v. M.N.R.</i> , [1970] C.T.C. 537; (1970), 70 DTC 6351 (Ex. Ct.)	325
<i>Trappa Holdings Ltd. v. District of Surrey et al.</i> (1978), 95 D.L.R. (3d) 107; [1978] 6 W.W.R. 545 (B.C.S.C.)	114
<i>Turnbull v. Owners of Ship "Strathnaver"</i> (1875), 1 App. Cas 58 (P.C.)	684
<i>Ultramares Corporation v. Touche</i> , 255 N.Y. 170; 174 N.E. 441 (Ct. App. 1931)	114
<i>University of Regina v. Pettick et al.</i> (1986), 51 Sask. R. 270; 38 C.C.L.T. 230; 23 C.L.R. 204 (Q.B.)	114
<i>Vallière v. Corporation de la paroisse de Saint Henri de Lauzon</i> (1905), 14 Rap.Jud. 16 C.B. Roi	465

	PAGE
<i>Vantage Navigation Corporation v. Suhail and Saud Bahwan Building Materials LLC (The Alev)</i> , [1989] 1 Lloyd's Rep. 138 (Q.B.)	684
<i>Verreault Navigation Inc. v. Coopérative de Transport Maritime et aérien</i> , [1969] 2 Ex.C.R. 257	701
<i>Verrier v. Canada</i> , [1989] 2 F.C. 71; [1988] 2 C.T.C. 274; (1988), 88 DTC 6478; 23 F.T.R. 217 (T.D.)	3
<i>Viennau v. Canada (Solicitor General)</i> , [1988] 3 F.C. 336; (1988), 24 C.P.R. (3d) 104 (T.D.)	22
<i>Walker v. Sur</i> , [1914] 2 K.B. 930 (C.A.)	353
<i>Wang (L.) v. Minister of Employment and Immigration</i> (1988), 23 F.T.R. 257; 7 Imm.L.R. (2d) 130 (F.C.T.D.)	705
<i>Weatherall v. Canada (Attorney General)</i> , [1989] 1 F.C. 18; (1988), 65 C.R. (3d) 27; 19 F.T.R. 160; 86 N.R. 168 (C.A.); revg in part [1988] 1 F.C. 369; (1987), 59 C.R. (3d) 247; 11 F.T.R. 279 (T.D.)	55
<i>Weimer v. Symmons et al.</i> (1987), 57 Sask. R. 155; 25 Admin. L.R. 111 (Q.B.) . .	457
<i>Weinstein et al. v. A.E. LePage (Ontario) Ltd. et al.</i> (1984), 47 O.R. (2d) 126; 10 D.L.R. (4th) 717; 4 O.A.C. 234; 34 R.P.R. 63 (C.A.)	684
<i>Williams v. Canada</i> , [1989] 2 F.C. 318; (1988), 24 C.C.E.L. 119; [1989] 1 C.N.L.R. 184; [1989] 1 C.T.C. 117; 89 DTC 5032; 24 F.T.R. 169 (T.D.)	169
<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.)	560
<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.)	615
<i>Wishing Star Fishing Co. v. B.C. Baron (The)</i> , [1988] 2 F.C. 325; (1987), 45 D.L.R. (4th) 321; 81 N.R. 309 (C.A.)	185
<i>Witco Chemical Co. v. Town of Oakville et al.</i> , [1975] 1 S.C.R. 273; (1974), 43 D.L.R. (3d) 413; 1 N.R. 453	337
<i>Wood v. McCarthy</i> , [1893] Q.B. 775 (Eng.)	353
<i>Xenos v. Aldersley—The Evangelismos</i> , [1878] 12 Moo. 352; (1878), 14 E.R. 945 (P.C.)	684
<i>Yeun Kun Yeu v. Attorney-General of Hong Kong</i> , [1988] A.C. 175 (P.C.)	114
<i>Yost v. Administrator under the Anti-Inflation Act</i> , [1980] 2 F.C. 720 (C.A.)	283
<i>Yumerowski et al. v. Dani</i> (1977), 18 O.R. (2d) 704; 83 D.L.R. (3d) 558; 4 C.C.L.T. 233 (Co. Ct.); affd (1979), 120 D.L.R. (3d) 768 (Ont. C.A.)	114
<i>Zwarich v. Canada (Attorney General)</i> , [1987] 3 F.C. 253; (1987), 26 Admin. L.R. 295; 87 C.L.L.C. 14,053; 31 C.R.R. 244; 82 N.R. 341 (C.A.)	55

**STATUTES
AND
REGULATIONS
JUDICIALLY**

**LOIS
ET
RÈGLEMENTS**

CONSIDERED

**STATUTES
CANADA**

**LOIS
CANADA**

PAGE

Access to Information Act,

Loi sur l'accès à l'information,

S.C. 1980-81-82-83, c. 111, Schedule I

S.C. 1980-81-82-83, chap. 111, annexe I

s./art. 2	665
s./art. 9	514
s./art. 10(3)	514
s./art. 20	665
s./art. 32	514
s./art. 38	514
s./art. 39	514
s./art. 40	514
s./art. 41	514
s./art. 42	514
s./art. 42(1)(a)	665
s./art. 49	514
s./art. 50	514
s./art. 51	514
s./art. 53	514

R.S.C., 1985, c. A-1

L.R.C. (1985), chap. A-1

— — —	642
s./art. 2	22
s./art. 10(1)	22
s./art. 15	22
s./art. 16	22
s./art. 18	22
s./art. 20	22
s./art. 21	22
s./art. 35(2)	22
s./art. 37(5)	22
s./art. 42(1)(a)	22
s./art. 42(2)	22
s./art. 50	22

<p>An Act to amend the Copyright Act and to amend other Acts in consequence thereof, S.C. 1988, c. 15 — — —</p>	<p>Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur et apportant des modifications connexes et corrélatives, L.C. 1988, chap. 15</p>	<p>489</p>
<p>An Act to define the privileges, immunities and powers of the Senate and House of Commons, and to give summary protection to persons employed in the publication of Parliamentary Papers, S.C. 1868, c. 23 — — —</p>	<p>Acte pour définir les privilèges, immunités et attributions du Sénat et de la Chambre des Communes, et pour protéger d'une manière sommaire les personnes chargées de la publication des documents parlementaires, S.C. 1868, chap. 23</p>	<p>465</p>
<p>An Act to incorporate The Life Underwriters' Association of Canada, S.C. 1924, c. 104 s./art. 2</p>	<p>Loi constituant en corporation The Life Underwriters' Association of Canada, S.C. 1924, chap. 104</p>	<p>500</p>
<p>Canada Business Corporations Act, S.C. 1974-75-76, c. 33 — — —</p>	<p>Loi sur les sociétés commerciales canadiennes, S.C. 1974-75-76, chap. 33</p>	<p>337</p>
<p>Canada Corporations Act, R.S.C. 1970, c. C-32 s./art. 137</p>	<p>Loi sur les corporations canadiennes, S.R.C. 1970, chap. C-32</p>	<p>337</p>
<p>Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5 s./art. 17</p>	<p>Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), chap. C-5</p>	<p>615</p>
<p>Canada Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33 — — —</p>	<p>Loi canadienne sur les droits de la personne, S.C. 1976-77, chap. 33</p>	<p>489</p>
<p>Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1 s./art. 118</p>	<p>Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1</p>	<p>652</p>
<p>s./art. 119</p>	<p>.....</p>	<p>652</p>
<p>s./art. 122</p>	<p>.....</p>	<p>652</p>
<p>s./art. 125</p>	<p>.....</p>	<p>652</p>
<p>s./art. 125(1)</p>	<p>.....</p>	<p>652</p>
<p>s./art. 125(2)</p>	<p>.....</p>	<p>652</p>
<p>s./art. 125(3)(a)</p>	<p>.....</p>	<p>652</p>
<p>R.S.C., 1985, c. L-2</p>	<p>L.R.C. (1985), chap. L-2</p>	
<p>s./art. 15</p>	<p>.....</p>	<p>489</p>
<p>s./art. 16</p>	<p>.....</p>	<p>489</p>
<p>Canada Shipping Act, R.S.C. 1970, c. S-9 s./art. 647(2)</p>	<p>Loi sur la marine marchande du Canada, S.R.C. 1970, chap. S-9</p>	<p>185</p>

Canada Shipping Act—Continued	Loi sur la marine marchande du Canada—Suite	
R.S.C., 1985, c. S-9	L.R.C. (1985), chap. S-9	
s./art. 575(1)		185
Canada-United States Free Trade Agreement Implementation Act,	Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis d'Amérique,	
S.C. 1988, c. 65	L.C. 1988, chap. 65	
s./art. 61		489
s./art. 62		489
s./art. 63		489
s./art. 64		489
s./art. 65		489
Canadian Bill of Rights,	Déclaration canadienne des droits,	
R.S.C., 1985, Appendix III	L.R.C. (1985), appendice III	
s./art. 1(d)		465
s./art. 1(f)		465
s./art. 2(e)		560
Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982,	Charte canadienne des droits et libertés qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982,	
Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.)	annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.)	
— — —		288
s./art. 1	55, 560, 587, 615, 652	
s./art. 2		560
s./art. 2(b)		465
s./art. 2(d)		652
s./art. 7	55, 314, 560	
s./art. 8		55
s./art. 10(b)		587
s./art. 11(f)		560
s./art. 11(h)		560
s./art. 15	55, 560, 615, 642	
s./art. 15(1)		652
s./art. 24		587
s./art. 24(1)	55, 314, 465, 615	
s./art. 32(1)(a)		465
s./art. 33	465, 560	
s./art. 52(1)		615
Canadian Environmental Protection Act,	Loi canadienne sur la protection de l'environnement,	
R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 16	L.R.C. (1985) (4 ^e suppl.), chap. 16	
s./art. 53		410
s./art. 146		410
Canadian Human Rights Act,	Loi canadienne sur les droits de la personne,	
R.S.C., 1985, c. H-6	L.R.C. (1985), chap. H-6	
s./art. 3		457
s./art. 7(a)		457
s./art. 10		457

Canadian Human Rights Act—Continued	Loi canadienne sur les droits de la personne—Suite	
s./art. 15(b)		457
s./art. 40(4)		457
s./art. 41		489
s./art. 53		457
Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]	Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]	
s./art. 9		410
s./art. 10		410
s./art. 11		410
s./art. 13		410
s./art. 17		465
s./art. 18		465
s./art. 91		465, 500
s./art. 92(11)		500
s./art. 92(14)		465
s./art. 101		465
Constitution Act, 1871, 34-35 Vict., c. 28 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 11]	Loi constitutionnelle de 1871, 34-35 Vict., chap. 28 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 11]	
s./art. 4		32
Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]	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]	
s./art. 52(1)		55, 560
Copyright Act, R.S.C. 1970, c. C-30	Loi sur le droit d’auteur, S.R.C. 1970, chap. C-30	
s./art. 3(1)(f)		489
s./art. 3(1.4)		489
s./art. 49		489
s./art. 50		489
s./art. 50.1		489
s./art. 50.2		489
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34	Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34	
s./art. 237(1)(a)		560
s./art. 237(1)(b)		560
R.S.C., 1985, c. C-46	L.R.C. (1985), chap. C-46	
s./art. 253		615
s./art. 255		615
s./art. 675(1)(b)		560
s./art. 676(1)(d)		560
s./art. 685		560

	PAGE
Criminal Code—Continued	
s./art. 687	560
s./art. 688	560
Crown Liability Act,	
R.S.C., 1985, c. C-50	
s./art. 3(a)	32
s./art. 10	32
Customs Tariff,	
R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 41, Schedule VII, Code 9967	
s./art. 114	353
Department of the Environment Act,	
R.S.C., 1985, c. E-10	
s./art. 4(1)	410
s./art. 4(2)	410
s./art. 5	410
s./art. 6	410
s./art. 7	410
Employment and Immigration Reorganization Act,	
S.C. 1976-77, c. 54	
s./art. 10	169
s./art. 11	169
Federal Court Act,	
R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10	
s./art. 28	652
R.S.C., 1985, c. F-7	
s./art. 2	260, 465, 560
s./art. 17(5)(b)	32
s./art. 18	410, 465, 705
s./art. 28	45, 250, 288, 489, 587, 632
s./art. 29	250
s./art. 52(b)(i)	3
Immigration Act,	
R.S.C., 1985, c. I-2	
— — —	37
s./art. 2	45, 238
s./art. 2(1)	250
s./art. 6(2)	587
s./art. 8	587
s./art. 12(3)	587
s./art. 27(2)(f)	632
s./art. 32(6)	632
s./art. 46	238
s./art. 46(1)	45
s./art. 46.01	45, 238
s./art. 46.01(6)	587

	PAGE
Immigration Act—Continued	
s./art. 46.04	45
s./art. 69.1(12)	250
s./art. 82.1	250, 632
s./art. 82.1(1)	238
s./art. 82.3	250
s./art. 94	632
Immigration Act, 1976,	
S.C. 1976-77, c. 52	
— — —	560
s./art. 6	705
s./art. 19(2)(a)	615
s./art. 46(3)	314
s./art. 46.01(c)	288
s./art. 70	288, 314
s./art. 72	288
s./art. 83.1	615
Immigration Appeal Board Act,	
S.C. 1966-67, c. 90	
s./art. 15	288
Income Tax Act,	
R.S.C. 1952, c. 148	
s./art. 12(1)(a)	227
s./art. 12(1)(h)	227
s./art. 56(1)(a)	169
s./art. 81(1)(a)	169
s./art. 851(2)(a)	337
S.C. 1970-71-72, c. 63	
s./art. 8(1)(f)	3
s./art. 8(1)(h)	3
s./art. 8(4)	3
s./art. 18(1)(a)	227
s./art. 18(1)(h)	227
s./art. 20(1)(c)(i)	325
s./art. 69(1)(c)	445
s./art. 87(1)	337
s./art. 87(2)(a)	337
s./art. 87(2)(w)	337
s./art. 87(2)(jj)	337
s./art. 177(b)(iv)	3
s./art. 178(2)	325
s./art. 245(2)	445
Indian Act,	
R.S.C. 1970, c. I-6	
s./art. 87(b)	169
s./art. 90(1)(b)	169

Loi sur l'immigration—Suite**Loi sur l'immigration de 1976,**

S.C. 1976-77, chap. 52

Loi sur la Commission d'appel de l'immigration,

S.C. 1966-67, chap. 90

Loi de l'impôt sur le revenu,

S.R.C. 1952, chap. 148

S.C. 1970-71-72, chap. 63

S.R.C. 1970, chap. I-6

Industrial Relations and Disputes Investigation Act,	Loi sur les relations industrielles et sur les enquêtes visant les différends du travail,	
R.S.C. 1952, c. 152	S.R.C. 1952, chap. 152	
— — —		652
Interpretation Act,	Loi d'interprétation,	
R.S.C., 1985, c. I-21	L.R.C. (1985), chap. I-21	
s./art. 2		410
s./art. 12		410
National Defence Act	Loi sur la défense nationale,	
R.S.C. 1970, c. N-4	S.R.C. 1970, chap. N-4	
s./art. 120		560
R.S.C., 1985, c. N-5	L.R.C. (1985), chap. N-5	
s./art. 130		560
s./art. 140(c)		560
s./art. 212		560
s./art. 233		560
National Transportation Act, 1987,	Loi de 1987 sur les transports nationaux,	
R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 28	L.R.C. (1985) (3 ^e suppl.), chap. 28	
s./art. 64		410
Parliament of Canada Act,	Loi sur le Parlement du Canada,	
R.S.C., 1985, c. P-1	L.R.C. (1985), chap. P-1	
s./art. 4		465
s./art. 5		465
Parole Act,	Loi sur la libération conditionnelle,	
R.S.C., 1985, c. P-2	L.R.C. (1985), chap. P-2	
s./art. 21.3(1)		295
s./art. 21.3(2)		295
Patent Act,	Loi sur les brevets,	
R.S.C., 1985, c. P-4	L.R.C. (1985), chap. P-4	
s./art. 39(4)		528
s./art. 39(7)		528
s./art. 39.11		528
Penitentiary Act,	Loi sur les pénitenciers,	
R.S.C., 1985, c. P-5	L.R.C. (1985), chap. P-5	
s./art. 35(4)		55
s./art. 37		55
Revised Statutes of Canada, 1985 Act,	Loi sur les Lois révisées du Canada (1985),	
R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 40	L.R.C. (1985) (3 ^e suppl.), chap. 40	
s./art. 4		353
Royal Canadian Mounted Police Act,	Loi sur la Gendarmerie royale du Canada,	
R.S.C., 1985, c. R-10	L.R.C. (1985), chap. R-10	
— — —		32

		PAGE
Statute Revision Act, R.S.C., 1985, c. S-20 — — —	Loi sur la révision des lois, L.R.C. (1985), chap. S-20	353
Trade Marks Act, R.S.C. 1970, c. T-10 — — —	Loi sur les marques de commerce, S.R.C. 1970, chap. T-10	500
s./art. 52(1)		353
s./art. 52(4)		353
Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13 s./art. 7(d)	Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), chap. T-13	353
s./art. 19		353
s./art. 20		353
s./art. 22		353
s./art. 50		353
s./art. 52(1)		353
s./art. 52(4)		353
s./art. 53		353
s./art. 55		353
Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1 s./art. 117(2)	Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), chap. U-1	169
Unemployment Insurance Act, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48 s./art. 38	Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, S.C. 1970-71-72, chap. 48	169
Yukon Act, R.S.C., 1985, c. Y-2 s./art. 23(1)	Loi sur le Yukon, L.R.C. (1985), chap. Y-2	32
Yukon Territory Act, 1898 (The), 61 Vict., c. 6 (Can.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 19] s /art. 9	Acte du Territoire du Yukon, 1898, 61 Vict., chap. 6 (Can.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 19]	32
ONTARIO		
Business Corporations Act, (The) R.S.O. 1970, c. 53 s./art. 197(4)	Business Corporations Act, (The) R.S.O. 1970, chap. 53	337
QUEBEC		
An Act respecting Insurance, R.S.Q. 1977, c. A-32 s./art. 335	Loi sur les assurances, L.R.Q. 1977, chap. A-32	500

Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q. 1977, c. C-12 s./art. 9	Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q. 1977, chap. C-12	10
Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25 ----- s./art. 95	Code de procédure civile, L.R.Q., chap. C-25 s./art. 98	10 500 500
s./art. 99	s./art. 99	500
s./art. 497	s./art. 497	55
Companies Act, R.S.Q. 1977, c. C-38 -----	Loi sur les compagnies, L.R.Q. 1977, chap. C-38	500

INDIA

INDE

Hindu Adoptions and Maintenance Act, 1956, (The) s./art. 11(vi)	Hindu Adoptions and Maintenance Act, 1956, (The)	37
s./art. 16	s./art. 16	37

UNITED KINGDOM

ROYAUME-UNI

Bill of Rights (The), (1688), 1 Wm. III & Mary, 2nd Sess., c. 2 (Imp.) s./art. 9	Bill of Rights (The), (1688), 1 Wm. III & Mary, 2nd Sess., chap. 2 (Imp.)	465
Income Tax Act, 1952, 15 & 16 Geo. 6, c. 10 (U.K.) s./art. 137(a)	Income Tax Act, 1952, 15 & 16 Geo. 6, chap. 10 (R.-U.)	227
Transport Act, 1981, (U.K.), 1981, c. 56 s./art. 25	Transport Act, 1981, (R.-U.), 1981, chap. 56	615 615
Schedule 8, s./art. 12(2)	

ORDERS AND REGULATIONS

ORDONNANCES ET RÈGLEMENTS

Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order, SOR/84-467 s./art. 1	Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement, DORS/84-467	410
s./art. 2	381, 410
s./art. 3	381, 410
s./art. 4	410
s./art. 5	410
s./art. 6	410
s./art. 6(a)	381
s./art. 7	410
s./art. 8	410
s./art. 9	410

	PAGE
Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order—Continued	
Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement—Suite	
s./art. 10	381, 410
s./art. 11	410
s./art. 12	381, 410
s./art. 13	381, 410
s./art. 15	410
s./art. 18(b)	381
s./art. 20	381
s./art. 21	381
s./art. 22	381
s./art. 25	381
s./art. 26	381
s./art. 28	381
s./art. 29	381
s./art. 33(1)(c)	381
s./art. 33(1)(d)	381
Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172	
Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172	
s./art. 2(1)	37
s./art. 8(1)(a)	705
s./art. 9(1)	705
s./art. 11(1)(b)	705
Order Varying Certain National Transportation Agency Orders Respecting Railway Companies, SOR/89-488	
Décret modifiant certaines ordonnances de l'Office national des Transports concernant des compagnies de chemins de fer, DORS/89-488	
— — —	410
Parole Regulations, SOR/78-428	
Règlement sur la libération conditionnelle de détenus, DORS/78-428	
s. 16.1(2)	295
Penitentiary Service Regulations, C.R.C., c. 1251	
Règlement sur le service des pénitenciers, C.R.C., chap. 1251	
s./art. 2	55
s./art. 39(a)	55
s./art. 39(i)	55
s./art. 39(r.1)	55
s./art. 39(j)	55
s./art. 41(2)(c)	55
s./art. 41.1	55

RULES

RÈGLES

Federal Court Rules,**Règles de la Cour fédérale,**

C.R.C., c. 663

C.R.C., chap. 663

R. 2(2)	541
R. 5	500
R. 303(1)	283
R. 303(2)	283
R. 324	32, 260
R. 337(5)	701
R. 337(6)	701
R. 344	642
R. 346	642
R. 355(4)	541
R. 419	465
R. 420	55
R. 480	353
R. 495(1)(a)	353
R. 495(2)	353
R. 500	353
R. 1101	500
R. 1212	500
R. 1711	353

Income Tax Application Rules, 1971,**Règles de 1971 concernant l'application de l'impôt
sur le revenu,**

S.C. 1970-71-72, c. 63, Part III

S.C. 1970-71-72, chap. 63, Partie III

s./art. 26(3)	445
---------------------	-----

Rules of the Senate of Canada,**Règles du Sénat du Canada,**

R. 73	465
-------------	-----

TREATIES

TRAITÉS

**United Nations Convention relating to the Status of
Refugees,****Convention des Nations-Unies relative au statut des
réfugiés,**

July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6

28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6

s./art. 28	45
------------------	----

AUTHORS CITED

DOCTRINE

	PAGE
Atiyah, P.S. " <i>Negligence and Economic Loss</i> " (1967), 83 <i>L.Q. Rev.</i> 248	114
<i>Black's Law Dictionary</i> , 5th ed., St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1979, "evasion", "lawful"	632
Blom, Joost. "Economic Loss: Curbs on the Way Ahead?" (1987), 12 <i>Can. Bus. L.J.</i> 275	114
Burns, Peter J. "Recent Developments in Negligence Law" in <i>Negligence Law in the 1990's</i> . Vancouver: Continuing Legal Education Society of British Columbia, 1985	114
Callmann, Rudolf. <i>The Law of Unfair Competition, Trademarks, and Monopolies</i> , Mundelein (Ill.): Callaghan, 1981	353
Canada, Chambre des communes. Comité permanent des transports. <i>Procès verbaux et témoignages</i> , fascicule n° 18 (16 octobre 1989), à la p. 18:36	410
Canada. Débats de la Chambre des communes, vol. V, 2 ^e sess., 28 ^e Lég., 25 mars 1970, aux p. 5470 et 5471	465
Canada. Débats de la Chambre des communes, vol. 131, n° 68, 2 ^e sess., 34 ^e lég., 3 octobre 1989, à la p. 4252	410
Canada. <i>Débats de la Chambre des communes: compte rendu officiel</i> , vol. III, 6 ^e session, 21 ^e législature, 10 juin 1952, aux pages 3277 et 3280	615
Canada. <i>House of Commons Debates</i> , Vol. 131, no. 68, 2nd Sess., 34th Parl., October 3, 1989, at page 4252	410
Canada. <i>House of Commons Debates</i> , Vol. III, 6th Sess., 21st Parl., June 10, 1952, at pages 3075 and 3078	615
Canada. <i>House of Commons Debates</i> , Vol. V, 2nd Sess., 28th Parl., March 25, 1970, at pp. 5470-5471	465
Canada. House of Commons Standing Committee on Transport. <i>Minutes of Proceedings and Evidence</i> , Issue No. 18 (October 16, 1989), at page 18:36	410
Cane, Peter. "Economic Loss in Tort: Is the Pendulum Out of Control?" (1989), 52 <i>Mod. L. Rev.</i> 200	114
Castel, J.-G. <i>Canadian Conflict of Laws</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1986	37
Castel, J.-G. <i>Canadian Conflict of Laws</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1986	260
Castel, J.-G. <i>Conflict of Laws; cases, notes and materials</i> , 2nd ed., Toronto: Butterworths, 1968	169
Cheshire and North <i>Private International Law</i> , 10th ed. by P.M. North, London: Butterworths, 1979	169
Cheshire and North <i>Private International Law</i> , 11th ed. by P.M. North and J.J. Fawcett, London: Butterworths, 1987	37
Cheshire, Geoffrey Chevalier <i>Private International Law</i> , 7th ed. London: Butterworths, 1965	169
<i>Concise Oxford Dictionary</i> , 7th ed., Oxford: Clarendon Press, 1982, "avoid", "elude", "evade"	632
<i>Consolidated Webster Encyclopedic Dictionary</i> , [S.l.:s.n.:s.d.], "elude"	632
Dawson, R. MacGregor. <i>The Government of Canada</i> , 5th ed. by Norman Ward. Toronto: University of Toronto Press, 1970	410

de Smith, S. A. <i>Judicial Review of Administrative Action</i> , 4th ed. by J. M. Evans. London: Stevens & Sons Ltd., 1980	381
de Smith, S. A. <i>Judicial Review of Administrative Action</i> , 4th ed. by J. M. Evans. London: Stevens & Sons Ltd., 1980	410
de Smith, Stanley A. <i>Judicial Review of Administrative Action</i> , 3rd ed., London: Stevens & Sons Ltd., 1973	314
Dickson, R. G. B. "Keynote Address", in <i>The Cambridge Lectures 1985</i> . Montréal: Editions Yvon Blais Inc., 1985, at pp. 2-4	465
Driedger, Elmer A. <i>Construction of Statutes</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983	410
Driedger, Elmer A. <i>The Construction of Statutes</i> , Toronto: Butterworths, 1974	615
Dussault, René and Borgeat, Louis. <i>Administrative Law--A Treatise</i> , 2nd ed., translated by M. Rankin. Toronto: Carswell, 1985	410
Dussault, René et Borgeat, Louis. <i>Traité de droit administratif</i> , 2 ^e éd., Québec: Les Presses de l'Université Laval, 1984	410
Échanges de notes concernant l'entraînement des Forces armées britanniques au Canada, 20 août 1971, [1974] B.T.S. No. 27	381
Échanges de notes entre le Canada et le Royaume-Uni, 26 novembre 1979, [1979] R.T. Can. N° 23	381
Exchanges of Notes between Canada and the United Kingdom, November 26, 1979, [1979] Can. T.S. No. 23	381
Exchange of Notes concerning the training of United Kingdom Armed Forces in Canada, August 20, 1971, [1974] B.T.S. No. 27	381
Fajgenbaum and Hanks' <i>Australian Constitutional Law</i> , 2nd ed. by Peter Hanks, Sydney: Butterworths, 1980	410
Feldthusen, Bruce. "Economic Loss: Where Are We Going After <i>Junior Books</i> ?" (1987), 12 <i>Can. Bus. L.J.</i> 241	114
Feldthusen, Bruce. <i>Economic Negligence</i> , 2nd ed., Toronto: Carswell, 1989	114
Feldthusen, Bruce. "Pure Economic Loss Consequent Upon Physical Damage to a Third Party" (1977), 16 <i>U.W.O.L. Rev.</i> 1	114
Fleming, John G. <i>The Law of Torts</i> , 7th ed. Sydney: Law Book Co. Ltd., 1987	114
Fleming, John G. <i>The Law of Torts</i> , 7th ed. Sydney: The Law Book Company Ltd.,	185
Gabor, Thomas <i>The Prediction of Criminal Behaviour: Statistical Approaches</i> , Toronto: Univ. of Toronto Press, 1986	615
Goodwill-Gill, Guy S. <i>The Refugee in International Law</i> , Oxford: Clarendon Press, 1983	45
Gotlieb, A. E. <i>Canadian Treaty-Making</i> . Toronto: Butterworths, 1968	381
Halliday, W. E. D. "The Executive of the Government of Canada" (1959), 2 <i>Can. Pub. Admin.</i> 229	410
Hathaway J. <i>The Law of Refugee Status</i> , "The Determination of Refugee Claims Grounded in Generalized Oppression", to be published by Butterworths and Co. (Canada) Ltd.	250
Hogg, P. W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , 2nd ed. Toronto: The Carswell Company Limited, 1985	500
Hogg, P. W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , 2nd ed. Toronto: The Carswell Company Limited, 1985	587
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , 2nd ed. Toronto: Carswell Co. Ltd., 1985	410
Jackson, D. C. <i>Enforcement of Maritime Claims</i> , London: Lloyd's of London Press Ltd., 1985	301
Jones, David P. and de Villars, Anne S. <i>Principles of Administrative Law</i> . Toronto: Carswell Co. Ltd., 1985	410
Jones, Michael A. "Economic Loss—A Return to Pragmatism" (1986), 102 <i>L.Q. Rev.</i> 13	114
Jutras, Daniel. "Civil Law and Pure Economic Loss: What Are We Missing?" (1987), 12 <i>Can Bus. L.J.</i> 295	114
Linden, Allen M. <i>Canadian Tort Law</i> , 4th ed. Toronto: Butterworths, 1988	114

	PAGE
Louisell, David W. and Hazard, Geoffrey C. <i>Cases and Materials on Pleading and Procedure</i> [S.l.: s.n.: s.d.]	541
Mallory, James Russell. <i>The Structure of Canadian Government</i> . Toronto: MacMillan Co. of Canada Ltd., 1971	410
Markesinis, B. S. "An Expanding Tort Law—The Price of a Rigid Contract Law" (1987), 103 <i>L.Q. Rev.</i> 354	114
<i>Martin's Annual Criminal Code, 1990</i> , with annotations by Edward L. Greenspan, Aurora, Ontario: Canada Law Book Inc., 1989	615
McGuffie, Kenneth C. <i>British Shipping Laws</i> , vol. 4 "The Law of Collisions at Sea", London: Stevens & Sons Limited, 1961	185
McLeod, J. G. <i>The Conflict of Laws</i> , Calgary: Carswell Legal Publications, 1983	260
McLeod, James G. <i>The Conflict of Laws</i> , Calgary, Alberta: Carswell Legal Publications, 1983	37
Parks, Alex L. <i>The Law of Tug, Tow and Pilotage</i> , 2nd ed., Centreville, Maryland: Cornell Maritime Press, 1982	185
Phipson, Sidney L. <i>Phipson on Evidence</i> , 13th ed., London: Sweet & Maxwell, 1982	10
Robert, Paul <i>Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française (Le Grand Robert)</i> , Paris: Société du nouveau Littré, 1973, "se dérober" (elude)	632
Robert, Paul <i>Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française (Le Grand Robert)</i> , tome III, 2 ^e éd. Paris: Société du nouveau Littré, 1986, "se dérober" (elude)	632
Rotenberg, C. L. "Conundrum: Immigration Selection—Occupational and Experience Factors" 6 <i>Imm. L.R.</i> (2d) 24	705
<i>Shorter Oxford English Dictionary</i> , 3rd ed., Oxford: Clarendon Press, 1973, "elude", "evade"	632
<i>Shorter Oxford English Dictionary</i> , 3rd ed., Oxford: Clarendon Press, 1974, "board", "commission", "tribunal"	465
Smilie, J. A. "Negligence and Economic Loss" (1982), 32 <i>U.T.L.J.</i> 231	114
Sopinka, John & Lederman, Sidney N., <i>The Law of Evidence in Civil Cases</i> , Toronto: Butterworths, 1974	10
Tassé, R. "Application de la Charte canadienne des droits et libertés", dans <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> , 2 ^e éd., 1989, Beaudoin et Ratushny, aux pp. 71-72	465
Tassé, R. "Application of the Canadian Charter of Rights and Freedoms", in <i>The Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> , 2nd ed., Toronto: Carswell, 1989, at pp. 71-72	465
Tetley, William <i>Maritime Liens and Claims</i> , London: Business Law Communications Ltd., 1985	301
Thomas, D. R. <i>British Shipping Laws</i> , Vol. 14, <i>Maritime Liens</i> , London: Stevens & Sons Ltd., 1980	301
Waddams, S. M. <i>The Law of Contracts</i> , 2nd ed., Toronto: Canada Law Book Ltd., 1984	185

ERRATUM

In the report of *Montres Rolex S.A. v. Balshin* in [1990] 3 F.C., substitute Cullen J. for “Collins J.” in the English version, two lines from the bottom of page 361 and, in the French, five lines from the top of page 362.

Dans la décision *Montres Rolex S.A. c. Balshin*, publiée dans [1990] 3 C.F., dans la version anglaise, à l’avant-dernière ligne de la page 361 et, dans la version française, à la cinquième ligne de la page 362, remplacer juge «Collins» par juge «Cullen».

A-1040-88

A-1040-88

Denis Verrier (Appellant)

v.

Her Majesty the Queen (Respondent)INDEXED AS: *VERRIER v. CANADA (C.A.)*

Court of Appeal, Mahoney, Hugessen and MacGuigan J.J.A.—Winnipeg, February 20; Ottawa, March 2, 1990.

Income tax — Income calculation — Deductions — Appeal from trial judgment disallowing expenses under Income Tax Act, s. 8(1)(f) — Commissioned automobile salesman deducting expenses for gas and oil for demonstrator and courtesy cars, parking charges incurred while conducting business, advertising and entertaining expenses and finders' fees — In addition to required shifts in showroom, time spent making contact with prospective customers — Trial Judge holding time away from dealership appellant's choice as responsible for method employed to make sales — Appeal allowed — Deductible expenses not required to relate to necessity for appellant's absence from showroom — S. 8(1)(h) dealing with travelling expenses — S. 8(4) indicating s. 8(1)(f) and (h) dealing with different allowable deductions — Interaction of s. 8(4) and 8(1)(f) meaning employee may be "ordinarily required" to carry on duties of employment away from employer's establishment to which "ordinarily reported" for work — As failure to sell enough cars grounds for discharge, and both employer and salesman recognizing necessity for conducting some work away from showroom, salesman ordinarily required to carry on duties of employment away from employer's place of business.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 52(b)(i).
Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 8(1)(f), (h), (4), 177(b)(iv).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Hoedel (G.) v. The Queen, [1986] 2 C.T.C. 419; (1986), 86 DTC 6535; 72 N.R. 399 (F.C.A.).

REVERSED:

Verrier v. Canada, [1989] 2 F.C. 71; [1988] 2 C.T.C. 274; (1988), 88 DTC 6478; 23 F.T.R. 217 (T.D.).

Denis Verrier (appelant)

c.

a

Sa Majesté la Reine (intimée)RÉPERTORIÉ: *VERRIER c. CANADA (C.A.)*

Cour d'appel, juges Mahoney, Hugessen et MacGuigan, J.C.A.—Winnipeg, 20 février; Ottawa, 2 mars 1990.

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Déductions — Appel d'un jugement de première instance refusant d'autoriser la déduction de dépenses en vertu de l'art. 8(1)f) de la Loi de l'impôt sur le revenu — Vendeur d'automobiles à commission déduisant ses dépenses pour l'essence et l'huile des voitures de démonstration et de prêt, les frais de stationnement engagés dans le cours de ses affaires, les frais de publicité et de représentation ainsi que les honoraires de démarcheurs — En plus des quarts de service qu'il était tenu d'effectuer dans la salle de montre, son temps était consacré à établir des contacts avec des clients potentiels — Le juge de première instance a statué que le temps passé ailleurs qu'à l'établissement concessionnaire relevait du choix de l'appelant en tant que responsable de la méthode employée pour effectuer des ventes — Appel accueilli — Il n'est pas nécessaire que les dépenses déductibles soient reliées à l'obligation pour l'appelant de s'absenter de la salle de montre — L'art. 8(1)h) vise les frais de déplacement — Il est précisé à l'art. 8(4) que l'art. 8(1)f) et h) vise des montants déductibles différents — Il ressort de la combinaison de l'art. 8(4) et 8(1)f) qu'un employé peut être « ordinairement tenu » d'exercer les fonctions de son emploi ailleurs qu'au lieu même de l'établissement de l'employeur où il « se présentait habituellement » pour son travail — L'insuffisance du volume des ventes constituant un motif de renvoi, et l'employeur ainsi que le vendeur reconnaissant la nécessité d'accomplir une partie du travail ailleurs que dans la salle de montre, le vendeur est ordinairement tenu d'exercer les fonctions de son emploi ailleurs qu'au lieu même de l'entreprise de l'employeur.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 8(1)f), h), (4), 177b)(iv).
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 52b)(i).

JURISPRUDENCE

i

DÉCISION APPLIQUÉE:

Hoedel (G.) c. La Reine, [1986] 2 C.T.C. 419; (1986), 86 DTC 6535; 72 N.R. 399 (C.A.F.).

j

DÉCISION INFIRMÉE:

Verrier c. Canada, [1989] 2 C.F. 71; [1988] 2 C.T.C. 274; (1988), 88 DTC 6478; 23 F.T.R. 217 (1^{re} inst.).

COUNSEL:

C. M. Fien and C. E. Gorelick for appellant.
Wilfrid Lefebvre, Q.C. and Sandra E. Phillips for respondent.

SOLICITORS:

Simkin, Gallagher, Winnipeg, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MAHONEY J.A.: This is an appeal from a reported decision of the Trial Division, [1989] 2 F.C. 71, which upheld the assessment of the appellant's 1979 and 1980 income tax returns on the basis that he was not entitled to claim certain expenses pursuant to paragraph 8(1)(f) of the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63], which provides:

8. (1) In computing a taxpayer's income for a taxation year from an office or employment, 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:

(f) where the taxpayer was employed in the year in connection with the selling of property or negotiating of contracts for his employer, and

(i) under the contract of employment was required to pay his own expenses,

(ii) was ordinarily required to carry on the duties of his employment away from his employer's place of business,

(iii) was remunerated in whole or part by commissions or other similar amounts fixed by reference to the volume of the sales made or the contracts negotiated, and

(iv) was not in receipt of an allowance for travelling expenses in respect of the taxation year that was, by virtue of subparagraph 6(1)(b)(v), not included in computing his income,

amounts expended by him in the year for the purpose of earning the income from the employment (not exceeding the commissions or other similar amounts fixed as aforesaid received by him in the year) to the extent that such were not

(v) outlays, losses or replacements of capital or payments on account of capital, except as described in paragraph (j), or

AVOCATS:

C. M. Fien et C. E. Gorelick pour l'appellant.
Wilfrid Lefebvre, c.r. et Sandra E. Phillips, pour l'intimée.

PROCUREURS:

Simkin, Callagher, Winnipeg, pour l'appellant.
Le sous-procureur général du Canada, pour l'intimée.

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

LE JUGE MAHONEY, J.C.A.: Il s'agit de l'appel d'une décision de la Section de première instance, [1989] 2 C.F. 71, qui a maintenu la cotisation établie à l'égard des déclarations d'impôt sur le revenu de l'appellant pour les années 1979 et 1980, pour le motif que ce dernier n'était pas autorisé à déduire certaines dépenses en vertu de l'alinéa 8(1)f de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, chap. 63], lequel dispose:

8. (1) Lors du calcul du revenu d'un contribuable tiré, pour une année d'imposition, d'une charge ou d'un emploi, peuvent être déduits ceux des éléments suivants qui se rapportent entièrement à cette source de revenus, ou la partie des éléments suivants qui peut raisonnablement être considérée comme s'y rapportant:

f) lorsque le contribuable a été, dans l'année, employé pour remplir des fonctions reliées à la vente de biens ou à la négociation de contrats pour son employeur, et qu'il

(i) était tenu, en vertu de son contrat, d'acquitter ses propres dépenses,

(ii) était ordinairement tenu d'exercer les fonctions de son emploi ailleurs qu'au lieu même de l'entreprise de son employeur,

(iii) était rémunéré entièrement ou en partie par des commissions ou d'autres rétributions semblables fixées par rapport au volume des ventes effectuées ou aux contrats négociés, et

(iv) ne recevait pas, relativement à l'année d'imposition, une allocation pour frais de déplacement, qui, en vertu du sous-alinéa 6(1)b)(v), n'était pas incluse dans le calcul de son revenu,

les sommes qu'il a dépensées au cours de l'année pour gagner le revenu provenant de son emploi (jusqu'à concurrence des commissions ou autres rétributions semblables fixées de la manière susdite et reçues par lui au cours de l'année) dans la mesure où ces sommes n'étaient pas

(v) des débours, des pertes ou des remplacements de capital ou des paiements à titre de capital, exception faite du cas prévu à l'alinéa j), ou

(vi) outlays or expenses that would, by virtue of paragraph 18(1)(l), not be deductible in computing the taxpayer's income for the year if the employment were a business carried on by him.

There is no dispute that the appellant met the requirements of subparagraphs (iii) and (iv) nor that the amounts claimed did not fall within subparagraphs (v) and (vi). What is disputed is whether his contract of employment required him to pay his own expenses, as provided by subparagraph (i), whether he was ordinarily required to carry on his duties away from his employer's place of business, as provided by subparagraph (ii), and whether the amounts claimed were expended for the purpose of earning his commission income. That the amounts were actually expended by him in the year claimed is not disputed.

All of the evidence was directed to 1980. It is agreed that the facts as to 1979 are not materially different. The appellant was a highly successful automobile salesman employed by a Winnipeg dealership. In 1980, sales of 269 vehicles at retail, 25 at wholesale and 175 fleet vehicles generated commissions of \$65,977.32. He claimed \$7,391.28 disputed expenses which the learned Trial Judge described [at pages 72-73] as including:

... gas and oil for his demonstrator automobile (provided free of charge to him by his employer) and for the two "courtesy" cars owned and provided by him to his customers for their use when their cars were being serviced. The expenses claimed also include parking charges incurred while conducting business, advertising carried out by the plaintiff on his own to seek customers for himself, entertainment expenses (coffee and meals) incurred for the benefit of customers or prospective customers, and commissions or finders' fees paid by him to persons referring customers to him where the referral resulted in a sale.

In the view of the matter taken by the learned Trial Judge, it was not necessary for him to deal expressly with whether the expenses claimed were amounts expended for the purpose of earning income or whether, under his contract of employment, the appellant was required to pay his own expenses. The undisputed evidence points only to affirmative answers to those questions.

(vi) des débours ou des dépenses qui ne seraient pas, en vertu de l'alinéa 18(1)l), déductibles lors du calcul du revenu du contribuable pour l'année, si son emploi relevait d'une entreprise exploitée par lui;

a Que l'appelant remplisse les exigences des sous-alinéas (iii) et (iv) et que les sommes dont la déduction est demandée ne soient pas visées par les sous-alinéas (v) et (vi), cela n'est pas en litige. Ce qui est en litige, c'est la question de savoir si *b* l'appelant était tenu par son contrat d'emploi d'acquies ses propres dépenses, comme le prévoit le sous-alinéa (i), s'il était ordinairement tenu d'exercer les fonctions de son emploi ailleurs qu'au lieu même de l'entreprise de son employeur, comme le *c* prévoit le sous-alinéa (ii), et enfin si les sommes dont la déduction est réclamée ont été dépensées pour gagner un revenu de commission. Le fait que l'appelant ait réellement engagé ces sommes au cours de l'année n'est pas contesté.

d Tous les éléments de preuve présentés se rapportent à l'année 1980. Il est admis que les faits concernant l'année 1979 sont sensiblement les mêmes. L'appelant était un excellent vendeur d'automobiles employé chez un concessionnaire de Winnipeg. En 1980, la vente de 269 véhicules au détail, de 25 voitures en gros et de 175 voitures de flotte lui ont rapporté des commissions de 65 977,32 \$. L'appelant a demandé la déduction de *e* dépenses s'élevant à 7 391,28 \$ et comprenant *f* selon les termes du juge de première instance [aux pages 72 et 73]:

... le coût de l'essence et de l'huile pour la voiture de démonstration (que lui fournit gratuitement son employeur) et pour les deux voitures de prêt dont il est propriétaire et qu'il met à la disposition des clients dont le véhicule fait l'objet d'un entretien. Il réclame également la déduction des frais de stationnement engagés dans le cours de ses affaires, des dépenses qu'il a faites au titre de la publicité pour trouver lui-même des clients, des frais de représentation (café et repas) engagés au profit des clients actuels ou éventuels, et enfin des commissions ou honoraires de démarcheur qu'il a versés à ceux qui lui ont permis d'effectuer une vente en lui adressant des clients.

Étant donné l'approche qu'avait adoptée le juge de première instance, il n'était pas nécessaire qu'il se prononce expressément sur la question de savoir si les dépenses dont la déduction était réclamée avaient été engagées dans le but de gagner un revenu ou si, aux termes de son contrat d'emploi, *i* l'appelant était tenu d'acquies ses propres dépenses. À ces questions, la preuve non contestée ne peut que fournir une réponse affirmative.

There was no written contract of employment and, hence, no express condition readily at hand to demonstrate whether the appellant "was ordinarily required to carry on the duties of his employment away from his employer's place of business." The learned Trial Judge held that he was not. Some of the appellant's absences from the dealership, such as taking customers on test drives, taking sold vehicles elsewhere to get custom equipment installed and delivering their vehicles to purchasers, were characterized as "errands" which did not amount to "duties . . . away from his employer's place of business". As to the rest, he held [at page 78]:

However most of the activities relied on by the plaintiff involve means employed by him at his discretion to find customers, to encourage them to buy cars from him, and to encourage them to come back to him for future purchases through various follow-up services offered by him. Such activities include making contact with "bird-dogs" (persons encouraged by the plaintiff to refer customers to him), the demonstration of vehicles at the home or place of business of clients, picking up from customers cars already purchased to take them in for servicing and leaving with the customer a "courtesy car" owned by the plaintiff, entertaining customers with coffee or meals, etc. It is clear from the evidence that none of these activities of the plaintiff were specifically required by his employer. What the employer was interested in was results, i.e. sales. The plaintiff was a very successful salesman. No doubt the particular means which he employed were important to that success. But they were means chosen by him and to the extent that they took him away from the dealership that was his choice.

That entire finding is said to be founded on an error in law in that the learned Trial Judge is said to have misunderstood the clear intention of paragraph 8(1)(f). That misunderstanding is, it is said, manifest in his opinion that the provision is illogical, which he expressed more than once. At one point, he said [at pages 73-74]:

It is common ground that if [the requirements of subparagraphs (i) and (ii)] are met, the expenses deductible under paragraph 8(1)(f) are not limited to those attributable to the fact that the plaintiff was ordinarily required to carry on the duties of his employment away from his employer's place of business. In other words, once he can show that he meets the requirements of [subparagraphs (i) and (ii)] then any expenses howsoever incurred for the purpose of earning income from his employment are deductible. The illogicality of this provision will be discussed later.

At another, he said [at page 74]:

Il n'y avait aucun contrat d'emploi écrit et, partant, aucune stipulation expresse permettant d'établir facilement que l'appellant «était ordinairement tenu d'exercer les fonctions de son emploi ailleurs qu'au lieu même de l'entreprise de son employeur». Le juge de première instance a statué qu'il ne l'était pas. Il a qualifié de «courses» n'équivalant pas à des «fonctions . . . ailleurs qu'au lieu même de l'établissement de son employeur, certaines des absences de l'appellant de l'établissement concessionnaire, par exemple lorsqu'il faisait faire des essais de conduite à des clients, qu'il conduisait les véhicules vendus à l'extérieur pour y faire installer l'équipement optionnel, ou qu'il les livrait aux acheteurs. Quant aux autres activités, le juge de première instance a ainsi statué [à la page 78]:

Cependant, la plupart des activités que le demandeur invoque à l'appui de sa réclamation consistent dans les différents moyens qu'il a choisis d'employer pour trouver des clients, les inciter à s'adresser à lui pour l'achat de leur voiture et s'attacher leur fidélité grâce à une variété de services d'après-vente. Il était ainsi amené à entrer à contact avec des «rabatteurs» (personnes qu'il incitait à lui adresser des clients), à faire la démonstration de véhicules à la résidence ou à l'établissement des clients, à leur fournir la voiture de prêt dont il était propriétaire pendant qu'il s'occupait de l'entretien de leur voiture, à leur offrir le café ou le repas, etc. Il ressort avec évidence de la preuve qu'aucune de ces activités de demandeur n'était spécifiquement requise par son employeur [. . .] La première préoccupation de l'employeur, c'était le résultat, à savoir les ventes. Le demandeur était très bon vendeur et les différents moyens qu'il a utilisés ne sont nul doute pas étrangers à son succès. Mais il s'agissait de moyens qu'il avait lui-même choisis: dans la mesure où il devait ainsi s'absenter de l'établissement concessionnaire, le choix lui revenait également.

On prétend que cette conclusion est entièrement fondée sur une erreur de droit en ce que le juge de première instance aurait mal compris le but évident de l'alinéa 8(1)(f). Cette mauvaise compréhension serait manifeste dans son opinion, exprimée à plus d'une reprise, selon laquelle cette disposition est illogique. Il a ainsi affirmé dans un passage [aux pages 73 et 74]:

On sait [que si les exigences des sous-alinéas (i) et (ii) sont remplies], les dépenses déductibles en vertu de l'alinéa 8(1)(f) ne sont pas limitées à celles qui sont attribuables au fait que le demandeur était ordinairement tenu d'exercer les fonctions de son emploi ailleurs qu'au lieu même de l'entreprise de son employeur. En d'autres termes, une fois qu'il a prouvé qu'il répond aux exigences [des sous-alinéas (i) et (ii)], toutes les dépenses, de quelque nature qu'elles soient, engagées pour gagner un revenu provenant de son emploi, sont déductibles. Il sera question, plus loin, de l'illogisme de cette disposition.

Dans un autre passage, il a dit [à la page 74]:

It is difficult to give a purposive interpretation of the words "ordinarily required" within the context of subparagraph 8(1)(f) because the expenses deductible under that paragraph bear no necessary relationship to the fact that a taxpayer is "ordinarily required to carry on the duties of his employment away from his employer's place of business". Once he establishes that he is so required, he can then deduct any expenses incurred for the purpose of earning income from the employment. The logic of this provision is far from apparent. For example, there are no doubt many commission salesmen (e.g. of clothing or furniture) who are never obliged to leave their employer's place of business for work purposes but who may well incur promotional expenses such as sending greeting cards to, or buying coffee for, customers or prospective customers. They are unable to claim under this paragraph. Similarly, salaried persons cannot claim under it, even though in many employment situations it is thought advantageous for those in supervisory roles to entertain members of their staff, at their own expense.

The learned Trial Judge seems to have felt that, somehow, the deductible expenses contemplated ought to relate to the necessity of the appellant's absence from the showroom but that sort of expense is dealt with by paragraph 8(1)(h) and subsection 8(4) makes clear, if that be necessary, that paragraphs 8(1)(f) and (h) deal with two different allowable deductions.¹ The necessary interaction of subsection 8(4) and paragraph 8(1)(f) leads to the conclusion that an employee may be "ordinarily required" to carry on the duties of his employment away from the employer's establishment to which he "ordinarily reported" for work.

¹ 8. (1) In computing a taxpayer's income ... there may be deducted ...

(h) where the taxpayer, in the year,

(i) was ordinarily required to carry on the duties of his employment away from his employer's place of business or in different places,

(ii) under the contract of employment was required to pay the travelling expenses incurred by him in the performance of the duties of his office or employment, and

(iii) was not in receipt of an allowance for travelling expenses ...

amounts expended by him in the year for travelling in the course of his employment;

(4) An amount expended in respect of a meal consumed by an officer or employee shall not be included in computing the amount of a deduction under paragraph (1)(f) or (h) unless the meal was consumed during a period while he was required by his duties to be away, for a period of not less than twelve hours, from the municipality where the employer's establishment to which he ordinarily reported for work

(Continued on next page)

Il n'est pas facile de donner une interprétation téléologique à l'expression «ordinairement tenu» figurant à l'alinéa 8(1)f), car les dépenses déductibles en vertu de cette disposition ne sont pas nécessairement liées au fait que le contribuable est «ordinairement tenu d'exercer les fonctions de son emploi ailleurs qu'au lieu même de l'entreprise de son employeur». En effet, une fois qu'il a établi qu'il était ainsi tenu, le contribuable peut déduire toutes les dépenses qu'il a engagées pour gagner le revenu provenant de son emploi. La logique de cette disposition est loin d'être apparente: ainsi, il y a sûrement de nombreux vendeurs à commission (dans le vêtement ou le meuble par exemple) qui ne sont jamais obligés de quitter le lieu de l'entreprise de leur employeur pour les fins de leur travail, mais qui engageront des frais de promotion, comme l'envoi de cartes de souhait ou le fait d'offrir le café à des clients actuels ou éventuels, frais dont ils ne pourront réclamer la déduction en vertu de cet alinéa. Situation identique pour les salariés, même s'il est souvent utile pour les personnes occupant des postes de supervision de recevoir, à leurs frais, les membres de leur personnel.

Le juge de première instance paraît avoir estimé que les dépenses dont la déduction était demandée devaient, de quelque façon, être reliées à l'obligation pour l'appelant de s'absenter de la salle de montre. Or, les dépenses de cette nature sont visées à l'alinéa 8(1)h) et le paragraphe 8(4) énonce clairement, si besoin était, que les alinéas 8(1)f) et h) visent bien deux catégories différentes de montants déductibles¹. La combinaison du paragraphe 8(4) et de l'alinéa 8(1)f) amène inévitablement à la conclusion qu'il est possible qu'un employé soit «ordinairement tenu» d'exercer les fonctions de son emploi ailleurs qu'à l'établissement de son employeur où il «se présentait habituellement» pour son travail.

¹ 8. (1) Lors du calcul du revenu d'un contribuable ... peuvent être déduits ...

h) lorsque le contribuable, dans l'année,

(i) a été, d'une manière habituelle, tenu d'exercer les fonctions de son emploi ailleurs qu'au lieu même de l'entreprise de son employeur ou à différents endroits,

(ii) a été tenu, en vertu de son contrat d'emploi, d'acquitter les frais de déplacement engagés par lui pour l'accomplissement des fonctions de sa charge ou de son emploi, et

(iii) n'a pas reçu d'allocation pour frais de déplacement ...

les sommes qu'il a dépensées pendant l'année aux fins de déplacements pour exercer les fonctions de son emploi;

(4) Une somme dépensée par un cadre ou un employé pour son repas ne doit pas être incluse dans le calcul du montant d'une déduction en vertu de l'alinéa (1)f) ou h), à moins que le repas n'ait été pris au cours d'une période où les fonctions de ce cadre ou de cet employé l'obligeaient à être absent, durant une période d'au moins douze heures, de la municipalité dans laquelle était situé l'établissement de l'employeur où

(Suite à la page suivante)

The criterion chosen by Parliament to differentiate between commission salesmen entitled to deduct their expenses and those not so entitled, namely that those entitled be "ordinarily required" to carry on their duties away from their employer's establishment, may be arbitrary but it is clear and the provision must be applied according to its plain meaning, whatever one's view of its logic. The legislative objective is apparent. A taxpayer entirely dependent on commissions directly related to sales volume and not entitled to claim his expenses from his employer is, in many respects relevant to the scheme of the *Income Tax Act*, more comparable to a self-employed person than to a conventional salaried employee. Such a taxpayer benefits from laying out the deductible expenses only because that results in increased income. Absent a 100% tax rate, allowance of the deduction does not fully compensate the taxpayer for the outlay; that compensation is realized in increased sales, precisely what the learned Trial Judge found to be the interest of the appellant's employer, and concomitant increased commission income, the appellant's (and, one might have thought, the fisc's) interest.

I am of the opinion that the learned Trial Judge erred in law in his construction of paragraph 8(1)(f). It remains to consider whether that led him to the wrong result in the present case. There is no contradictory evidence. Most salesmen, but not the appellant, were required by the employer to take shifts manning the showroom: six hours a day Monday through Thursday, four hours on Friday and four hours on alternate Saturdays. When hiring a new salesman, the employer's evidence was:

... initially we'd clarify with the individual that we had hours of on duty work with the dealership with the expectation though that certainly they being six hour shifts, that we were well aware that no salesperson could make a living working six hours a day and expect to do the job. The indication on our part at that stage would be to make sure that the salesperson would in fact cultivate their, you know, their own clientele, go out on their own, talk to friends, relations, acquaintances, continue on

(Continued from previous page)

was located and away from the metropolitan area, if there is one, where it was located.

Le critère qu'a choisi le législateur pour établir une distinction entre les vendeurs à commission autorisés à déduire leurs dépenses et ceux qui ne le sont pas, savoir qu'ils doivent être « ordinairement tenu » d'exercer leurs fonctions ailleurs qu'à l'établissement de leur employeur, est peut-être arbitraire, mais il a le mérite d'être clair et la disposition doit recevoir application selon son sens manifeste, quelque illogique qu'elle puisse paraître. L'objectif législatif en est apparent. Le contribuable qui dépend totalement de commissions directement liées au volume des ventes et qui n'est pas autorisé à se faire rembourser ses dépenses par son employeur est, sous plusieurs aspects propres à l'économie de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, davantage assimilable au travailleur autonome qu'au salarié conventionnel. Ce contribuable bénéficie de la déduction de ses dépenses uniquement parce qu'elles engendrent un revenu accru. Faute d'un taux d'impôt de 100 %, cette déduction ne compense certes pas pleinement le contribuable pour ses débours; la compensation vient de l'augmentation des ventes, ce qui est dans l'intérêt de l'employeur de l'appelant comme l'a précisément souligné le juge de première instance, et de l'augmentation concomitante du revenu de commissions, ce qui est dans l'intérêt de l'appelant (et, pourrait-on dire aussi, celui de fisc).

Je suis d'avis que le juge de première instance a commis une erreur de droit dans l'interprétation qu'il a donnée à l'alinéa 8(1)f). Il reste à déterminer si cela l'a conduit à un résultat erroné en l'espèce. La preuve n'est pas contradictoire. La plupart des vendeurs, mais non l'appelant, étaient tenus par l'employeur d'effectuer un quart de service à la salle de montre: six heures par jour du lundi au jeudi, quatre heures le vendredi et quatre heures à tous les deux samedis. Dans son témoignage, l'employeur a déclaré qu'à l'embauche d'un nouveau vendeur,

[TRADUCTION] ... nous lui précisions dès le début qu'il y avait des heures de service à l'établissement concessionnaire, que l'on prévoyait certainement un quart de six heures, que nous étions bien conscients de l'impossibilité pour un vendeur de gagner sa vie en travaillant six heures par jour et en espérant faire le travail. Par les indications que nous fournissions à ce stade, nous voulions nous assurer que le vendeur cultiverait en fait sa propre clientèle, prendrait l'initiative d'aller à l'extérieur, parle-

(Suite de la page précédente)

il se présentait habituellement pour son travail, et à être absent, le cas échéant, de la région métropolitaine où cet établissement était situé.

with their day's work when they were not on shift. [Transcript, Vol. II, p. 165, ll. 13 to 24.]

As to his own understanding, the appellant was asked and answered:

Q. . . . did Mr. Gillis ever tell you how many cars you had to sell or was [sic] to be expected to sell?

A. No. If you didn't sell enough cars, you were just dismissed from your job.

This Court had occasion, in *Hoedel (G.) v. The Queen*, [1986] 2 C.T.C. 419 (F.C.A.), to consider the term "ordinarily required to carry on the duties of his employment away from his employer's place of business" as it is used in subparagraph 8(1)(h)(i), and held, *per* Heald J.A. [at pages 422-423], that:

... if an employee's failure to carry out a task can result in an unfavourable assessment by his employer, it would seem to me that such a circumstance is compelling evidence that the task in issue is a duty of employment.

It would seem to me that if failure to sell enough cars would have resulted in the appellant's discharge and if both employer and salesman recognize that enough cars can only be sold if the salesman conducts some of his work away from the showroom, then the salesman is ordinarily required to carry on the duties of his employment away from his employer's place of business.

It follows that, in my opinion, the learned Trial Judge erred in concluding that the appellant was not entitled to claim the deduction of expenses under paragraph 8(1)(f) of the *Income Tax Act* in his 1979 and 1980 returns. I would allow the appeal with costs here and in the Trial Division and, pursuant to subparagraph 52(b)(i) of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] and subparagraph 177(b)(iv) of the *Income Tax Act*, I would refer the appellant's returns for those years back to the Minister for reconsideration and reassessment.

HUGESSEN J.A.: I agree.

MACGUIGAN J.A.: I agree.

rait à des amis, des relations, des connaissances, continuerait sa journée de travail même quand il ne serait pas de service. [Transcription, vol. II, p. 165, lignes 13 à 24.]

Interrogé sur sa propre perception, l'appelant a répondu ceci:

Q. [TRADUCTION] . . . M. Gillis vous a-t-il dit combien de voitures vous deviez vendre ou étiez supposé vendre?

R. Non. Si l'on ne vendait pas assez de voitures, l'on était tout simplement renvoyé.

^b La présente Cour a eu l'occasion, dans l'arrêt *Hoedel (G.) c. La Reine*, [1986] 2 C.T.C. 419 (C.A.F.), d'examiner le sens de l'expression «d'une manière habituelle, tenu d'exercer les fonctions de son emploi ailleurs qu'au lieu même de l'entreprise de son employeur», utilisée au sous-alinéa 8(1)(h)(i). Le juge Heald, J.C.A. a statué au nom de la Cour d'appel [aux pages 422 et 423]:

... si en n'accomplissant pas une tâche un employé s'expose à une évaluation négative de son employeur, il me semble que cela constitue une preuve convaincante que cette tâche fait partie des fonctions de son emploi.

^e Il me semble que si un volume de ventes insuffisant aurait valu à l'appelant un congédiement et que l'employeur et le vendeur reconnaissent tous deux l'impossibilité de parvenir à un niveau satisfaisant sans faire une partie du travail à l'extérieur de la salle de montre, le vendeur est dans ce cas tenu, d'une manière habituelle, d'exercer les fonctions de son emploi ailleurs qu'au lieu même de l'entreprise de son employeur.

^h Il s'ensuit qu'à mon avis, le juge de première instance a commis une erreur en concluant que l'appelant n'était pas autorisé, dans ses déclarations de 1979 et de 1980, à demander la déduction de ses dépenses en vertu de l'alinéa 8(1)(f) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. J'accueillerais donc l'appel avec dépens dans cette Cour ainsi qu'en Section de première instance et, conformément au sous-alinéa 52(b)(i) de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), chap. F-7] et au sous-alinéa 177(b)(iv) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, je déférerais les déclarations de l'appelant pour ces années au Ministre pour nouvel examen et nouvelle cotisation.

LE JUGE HUGESSEN, J.C.A.: J'y souscris.

LE JUGE MACGUIGAN, J.C.A.: J'y souscris.

T-1005-89

T-1005-89

Risi Stone Ltd. and Unités Préfabriqués St-Luc Limitée (Plaintiffs)**Risi Stone Ltd. et Unités Préfabriqués St-Luc Limitée (demandereses)**

v.

a c.

Groupe Permacon Inc. (Defendant)**Groupe Permacon Inc. (défenderesse)**

INDEXED AS: RISI STONE LTD. v. GROUPE PERMACON INC. (T.D.)

RÉPERTORIÉ: RISI STONE LTD. c. GROUPE PERMACON INC. b (1^{re} INST.)

Trial Division, Reed J.—Toronto, December 18, 19 and 20, 1989; Ottawa, March 6, 1990.

Section de première instance, juge Reed—Toronto, 18, 19 et 20 décembre 1989; Ottawa, 6 mars 1990.

Practice — Privilege — Solicitor-client — Patent infringement action — Defendant's affidavit referring to lawyer's opinion letter to demonstrate acted in good faith — Waiver of privilege — Prothonotary erred in ordering disclosure of entire document — Correct procedure to file copy of document with Judge determining whether privilege exists — Reference to English, Canadian texts as to extent of disclosure required — Purpose for requiring disclosure — Degree of certainty, not accuracy, of counsel's opinion is at issue — Two aspects of communication severable — Claim for privilege regarding undisclosed portions properly made.

c *Pratique — Communications privilégiées — Avocat-client — Action en contrefaçon de brevet — L'affidavit de la défenderesse se reportait à une lettre contenant un avis juridique donné par son avocat, afin de démontrer qu'elle avait agi de bonne foi — Renonciation au privilège — Le protonotaire a commis une erreur en ordonnant la divulgation du document en entier — La procédure à suivre est de déposer une copie du document, et le juge décidera si le privilège existe — Examen de textes anglais et canadiens pour déterminer le degré de divulgation requis — But de la demande de divulgation — C'est le degré de certitude, et non pas l'exactitude, de l'avis de l'avocat qui est en question — Les deux aspects de la communication peuvent être disjoints — La revendication du privilège relativement aux passages non divulgués a été présentée à juste titre.*

This was an appeal from the prothonotary's decision that an opinion letter sent to the defendant by its solicitors be disclosed in its entirety to the plaintiffs. An officer of the defendant had referred to the opinion letter in his affidavit to show that the defendant had acted in good faith in producing and selling its Minitalus building blocks which are used in constructing retaining walls. The reference was made in response to the allegation that the defendant was purposefully infringing the plaintiffs' patent. The defendant produced the opinion letter with a number of deletions. Disclosure was ordered to enable counsel for the plaintiffs to answer the defendant's claim that the undisclosed parts of the document were privileged. The issue was the extent to which solicitor-client privilege had been waived by making reference to the opinion letter in an affidavit.

f *Il s'agissait d'un appel formé contre une décision par laquelle le protonotaire a ordonné qu'une lettre contenant un avis juridique et envoyée à la défenderesse par ses procureurs soit divulguée en entier aux demandereses. L'un des dirigeants de la défenderesse s'était reporté à la lettre contenant l'avis juridique dans son affidavit afin de prouver que la défenderesse avait agi de bonne foi dans la production et la vente de ses blocs Minitalus, qui sont utilisés dans la construction de murs de soutènement. Cette mention a été fait en réponse à l'allégation selon laquelle la défenderesse contrefaisait délibérément le brevet des demandereses. La défenderesse a produit la lettre contenant l'opinion juridique, mais certains passages avaient été omis. La divulgation de la lettre a été ordonnée afin de permettre à l'avocat des demandereses de répondre à la prétention de la défenderesse selon laquelle les passages non divulgués du document étaient protégés par le privilège du secret professionnel. La question était de savoir jusqu'à quel point la défenderesse avait renoncé à ce privilège en faisant référence, dans son affidavit, à la lettre contenant l'avis juridique.*

Held, the appeal should be allowed.

Jugement: l'appel doit être accueilli.

Where solicitor-client privilege is claimed, a document should not be ordered disclosed to the other side for the purposes of argument as to the document's privileged status. The appropriate procedure is for the claiming party to file a copy of the document with the Court. The Court should then determine whether privilege exists without disclosing the document to counsel opposing the claim. Sometimes such a determination can be made without filing a copy of the document, for example on the basis of the title of the document alone.

i *Lorsqu'il y a revendication du privilège du secret professionnel, on ne devrait pas ordonner la divulgation d'un document à l'autre partie pour les fins de la plaidoirie en ce qui concerne le statut du document. La procédure à suivre pour la partie qui revendique est de déposer une copie du document auprès de la Cour. Celle-ci devrait alors rendre une décision quant à la question de savoir si le privilège existe sans divulguer le document à l'avocat qui s'oppose à la revendication du privilège. Parfois cette décision peut être rendue sans qu'il y ait dépôt*

Whether or not a copy must be seen is for the Court to determine.

The purpose for requiring disclosure of an entire document, is to prevent the unfairness that would result if one side were to cite only those portions of a document which were in its favour. The same subject-matter rule was enunciated in the *Great Atlantic Insurance* case where the Court could not determine the relevance of the excised parts of the document in the absence of argument by counsel. Here, the legal opinion is being put forward to show good faith on the part of the defendant. What is relevant to that issue is the degree of assurance which the defendant received from its solicitors; any statements in the letter which would contradict or qualify the conclusions which appear in the parts of the opinion letter which have been disclosed would be relevant to that issue. The legal reasons upon which the solicitor reached his conclusions are not relevant. Such reasons can be considered to be a separate subject-matter. It is not the accuracy of counsel's opinion which is in issue, but the degree of certainty which counsel communicated to the defendant in giving his opinion. The two aspects of the communication to the defendant by its solicitors could be severed and the defendant had accurately done so.

d'une copie du document, par exemple en raison du seul titre du document. C'est à la Cour qu'il appartient de déterminer si une copie du document est requise pour l'examen.

a La demande de divulgation d'un document en entier vise à empêcher l'injustice qui en découlerait si l'une des parties devait citer seulement les passages d'un document qui sont à son avantage. La règle du même sujet a été énoncée dans l'affaire *Great Atlantic Insurance* où la Cour ne pouvait pas déterminer la pertinence des extraits du document en l'absence de plaidoirie de l'avocat là-dessus. En l'espèce, l'avis juridique est présenté afin de prouver la bonne foi de la défenderesse. Ce qui est pertinent à cet égard est le degré d'assurance communiqué à la défenderesse par ses procureurs; tout énoncé de la lettre qui contredirait ou nuancerait les conclusions qui figurent dans les passages de la lettre contenant l'avis juridique qui ont été divulgués serait pertinent à cet égard. Les motifs juridiques à partir desquels l'avocat en est venu à ses conclusions ne sont pas pertinents. Ces motifs peuvent être considérés comme étant un sujet distinct. Ce n'est pas l'exactitude de l'avis juridique qui est en question mais le degré de certitude que l'avocat a communiqué à la défenderesse en lui donnant son avis. Les deux aspects de la communication que ses procureurs ont faite à la défenderesse peuvent être disjoints et la défenderesse agi exactement ainsi.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q. 1977, c. C-12, s. 9.
Code of Civil Procedure, R.S.Q. 1977, c. C-25.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q. 1977, chap. C-12, art. 9.
Code de procédure civile, L.R.Q. 1977, chap. C-25.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

DISTINGUISHED:

Great Atlantic Insurance Co v Home Insurance Co, [1981] 2 All ER 485 (C.A.).

CONSIDERED:

Lapointe v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans), [1987] 1 F.C. 445; (1986), 6 F.T.R. 134 (T.D.); *Rogers v. Bank of Montreal*, [1985] 4 W.W.R. 508; (1985), 62 B.C.L.R. 387; 57 C.B.R. (N.S.) 256 (B.C.C.A.); *Doland (George) Ltd v Blackburn Robson Coates Et Co (a firm)*, [1972] 3 All ER 959 (Q.B.); *Burnell v. British Transport Commission*, [1956] 1 Q.B. 187 (C.A.).

REFERRED TO:

Risi Stone Ltd. v. Omni Stone Corp. (1989), 23 C.P.R. (3d) 398 (Ont. S.C.); *Nowak v. Sanyshyn et al.* (1979), 23 O.R. (2d) 797; 9 C.P.C. 303 (H.C.); *Kennedy et al. v. Diversified Mining Interests (Canada) Limited et al.*, [1948] O.W.N. 798 (H.C.); *Crysdale et al. v. Carter-Baron Drilling Services Partnership et al.; Jones et al.; Third Parties* (1987), 61 O.R. (2d) 663; 22 C.P.C. (2d) 232 (S.C.).

JURISPRUDENCE

DISTINCTION FAITE AVEC:

Great Atlantic Insurance Co v Home Insurance Co, [1981] 2 All ER 485 (C.A.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Lapointe c. Canada (Ministre des Pêches et Océans), [1987] 1 C.F. 445; (1986), 6 F.T.R. 134 (1^{re} inst.); *Rogers v. Bank of Montreal*, [1985] 4 W.W.R. 508; (1985), 62 B.C.L.R. 387; 57 C.B.R. (N.S.) 256 (C.A. C.-B.); *Doland (George) Ltd v Blackburn Robson Coates Et Co (a firm)*, [1972] 3 All ER 959 (Q.B.); *Burnell v. British Transport Commission*, [1956] 1 Q.B. 187 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

Risi Stone Ltd. v. Omni Stone Corp. (1989), 23 C.P.R. (3d) 398 (C.S. Ont.); *Nowak v. Sanyshyn et al.* (1979), 23 O.R. (2d) 797; 9 C.P.C. 303 (H.C.); *Kennedy et al. v. Diversified Mining Interests (Canada) Limited et al.*, [1948] O.W.N. 798 (H.C.); *Crysdale et al. v. Carter-Baron Drilling Services Partnership et al.; Jones et al.; Third Parties* (1987), 61 O.R. (2d) 663; 22 C.P.C. (2d) 232 (C.S.).

AUTHORS CITED

Phipson, Sidney L. *Phipson on Evidence*, 13th ed., London: Sweet & Maxwell, 1982.
 Sopinka, John & Lederman, Sidney N., *The Law of Evidence in Civil Cases*, Toronto: Butterworths, 1974. *a*

COUNSEL:

Weldon F. Green, Q.C. and *W. Lloyd MacIlquham* for plaintiffs.
Daniel J. Gervais and *Robert Brouillette* for defendant. *b*

SOLICITORS:

Weldon F. Green, Q.C., Toronto, for plaintiffs. *c*
Clark Woods Rochefort Fortier, Montréal, for defendant.

The following are the reasons for order rendered in English by

REED J.: The defendant appeals a decision of the prothonotary, Mr. Giles, ordering that the full text of an opinion letter sent by solicitors to the defendant be disclosed to counsel for the plaintiffs. As I understand that decision, the disclosure was ordered to enable counsel for the plaintiffs to properly prepare argument to answer the defendant's claim that the undisclosed parts of the document are privileged. *f*

The argument took a slightly broader approach before me. Both counsel addressed the question of whether there had been a waiver of privilege without reference to the limitation which I understand to be inherent in Mr. Giles' order. That is, the argument of counsel was not directed to whether the full text of the document should be disclosed to counsel to enable him to argue that the undisclosed parts did not retain their privileged character. Rather, the argument before me was on the substance of the issue, that is, whether the parts of the letter in question were in fact still privileged or whether a waiver had occurred. This argument proceeded without counsel for the plaintiffs having access to the full text of the letter. *j*

DOCTRINE

Phipson, Sidney L. *Phipson on Evidence*, 13^e éd., Londres: Sweet & Maxwell, 1982.
 Sopinka, John & Lederman, Sidney N., *The Law of Evidence in Civil Cases*, Toronto: Butterworths, 1974.

AVOCATS:

Weldon F. Green, c.r. et *W. Lloyd MacIlquham* pour les demandereses.
Daniel J. Gervais et *Robert Brouillette* pour la défenderesse.

PROCUREURS:

Weldon F. Green, c.r., Toronto, pour les demandereses.
Clark Woods Rochefort Fortier, Montréal, pour la défenderesse.

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

LE JUGE REED: La défenderesse interjette appel d'une décision par laquelle le protonotaire, M. Giles, a ordonné que le texte d'une lettre contenant un avis juridique et envoyée à ladite défenderesse par ses procureurs soit divulgué en entier à l'avocat des demandereses. Si je comprends bien cette décision, la divulgation de la lettre a été ordonnée afin de permettre à l'avocat des demandereses de préparer correctement sa plaidoirie en vue de répondre à la prétention de la défenderesse selon laquelle les passages non divulgués du document sont protégés par le privilège du secret professionnel. *g*

La plaidoirie s'est avérée d'une portée un peu plus large lors de sa présentation devant moi. Les deux avocats ont abordé la question de savoir s'il y avait eu renonciation au privilège, sans mentionner la restriction que je crois inhérente à l'ordonnance de M. Giles. C'est-à-dire que la plaidoirie de l'avocat ne visait pas à savoir si le texte du document devait être divulgué en entier à l'avocat afin de lui permettre de soutenir que les passages non divulgués ne conservaient pas leur caractère privilégié. La plaidoirie présentée portait plutôt sur la question de fond de savoir si les passages de la lettre en question étaient de fait encore protégés par le privilège ou s'il y avait eu renonciation à celui-ci. Cette plaidoirie s'est déroulée sans que l'avocat des demandereses ait accès au texte entier de la lettre.

With respect to the procedure for dealing with claims of solicitor-client privilege, I would first of all note, that, it is my practice not to allow disclosure of a privileged document to counsel for the other side for the purposes of argument with respect to the document's status. It is my practice to require that a copy of the document be made available to the Court for review without disclosure to the other side. This does hobble counsel who is opposing a claim for solicitor-client privilege in making argument. However, in general claims of this nature can be determined by the judge without extensive argument thereon and disclosure to counsel, even for the purposes of argument only, can render any subsequent finding that the document is privileged academic.

In my view, when a claim for solicitor-client privilege is being considered, whether it be by a judge or by a prothonotary, the appropriate procedure is for the claiming party to file a copy of the document with the Court. The Court, then, should make a determination as to whether privilege exists without disclosing the document to the counsel opposing the claim. Sometimes such a determination can be made without filing a copy of the document with the Court, for example, on the basis of the title of the document alone. Whether or not a copy is required for review is, of course, a matter for the Court to determine in each case.

I turn then to the substantive issue before me. As noted, counsel agree that the letter in question was originally privileged. The issue is the extent to which that privilege has been waived. In addition, representations were made that there is a difference between the nature of solicitor-client privilege in Ontario (under the common law) and in Quebec (under the *Code of Civil Procedure* [R.S.Q. 1977, c. C-25] and the *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms* [R.S.Q. 1977, c. C-12] section 9). It was argued that while at common law the concept of solicitor-client privilege is a rule of evidentiary exception only, in Quebec the rule is a substantive right. It was argued that the Quebec

Quant à la procédure relative aux revendications du privilège du secret professionnel, je ferai d'abord remarquer qu'il est dans mes habitudes de ne pas permettre la divulgation d'un document protégé par un privilège à l'avocat de l'autre partie pour les fins de la plaidoirie en ce qui concerne le statut du document. Il est dans mes habitudes de demander le dépôt à la Cour d'une copie du document pour que celui-ci soit examiné sans être divulgué à l'autre partie. Cela entrave effectivement le travail de l'avocat qui s'oppose à la revendication du privilège du secret professionnel, dans l'élaboration de sa plaidoirie. Toutefois, en général le juge se prononce sur les revendications de ce genre sans plaidoirie approfondie là-dessus, et la divulgation à l'avocat, même aux fins de la plaidoirie seulement, peut rendre théorique toute conclusion subséquente selon laquelle le document est protégé par le secret professionnel.

À mon avis, lors de l'examen d'une revendication du privilège du secret professionnel, que cet examen soit effectué par un juge ou un protonotaire, la procédure à suivre pour la partie qui revendique est de déposer une copie du document auprès de la Cour. Celle-ci devrait alors rendre une décision quant à la question de savoir si le privilège existe sans divulguer le document à l'avocat qui s'oppose à la revendication du privilège. Parfois cette décision peut être rendue sans qu'il y ait eu dépôt d'une copie du document auprès de la Cour, par exemple, en raison du titre seul du document. C'est à la Cour naturellement qu'il appartient, dans chaque cas, de déterminer si une copie du document est requise pour l'examen.

Je passe donc à la question de fond dont j'ai été saisie. Ainsi qu'il a déjà été mentionné, les avocats sont d'accord pour dire qu'à l'origine la lettre en cause était protégée par le privilège du secret professionnel. La question est de savoir dans quelle mesure il y a eu renonciation à ce privilège. On a, en outre, fait remarquer qu'il existe une différence entre la nature du privilège du secret professionnel en Ontario (sous le régime de la *common law*) et au Québec (sous le régime du *Code de procédure civile* [L.R.Q. 1977, chap. C-25] et de l'article 9 de la *Charte des droits et libertés de la personne* [L.R.Q. 1977, chap. C-12]). Il a été allégué que, tandis qu'en *common law* la notion du privilège du

rule applies in this case and that under that rule waiver is not possible.

I do not need to deal with the interesting questions raised respecting the possible differences between the law of Quebec and the common law if, in any event, under the latter the circumstances here in question do not constitute a waiver. I accordingly will consider that issue first.

Waiver of the solicitor-client privilege which existed in the letter is claimed because Mr. Castonguay, an officer of the defendant, in an affidavit dated July 26, 1989, stated:

[TRANSLATION] 10. However, before marketing Minitalus blocks Permacon, concerned about the rights of third parties, asked for and obtained from its counsel an opinion on potential infringement of third parties' patents or industrial designs. This opinion reassured Permacon that the Minitalus block was not infringing any patent or industrial design currently valid and in effect in Canada, in particular those of Risi mentioned in the plaintiff's pleadings. [Underlining added.]

And, in response to the plaintiffs' request that the legal opinion given to the defendant, on which this assertion was based, be produced, counsel for the defendant provided the plaintiffs with a copy of the opinion letter, with a number of deletions made therefrom:

[TRANSLATION]

January 17, 1989

GROUPE PERMACON INC.

7811, boul. Louis-H. Lafontaine

Bureau 210

Ville d'Anjou (Quebec)

H1K 4E4

Attention Mr. Alain Ratté

RE: Opinion on infringement of patent No. 1,182,295 and industrial design No. 51,313

Titre: RETAINING WALL SYSTEM

Our file: 527-8

Dear Mr. Ratté

You requested an opinion regarding infringement of the aforementioned Canadian patent and industrial design. In particular, you want to know whether the manufacture and/or sale of the building block shown in Appendix 1 ("Block A") in Canada would be an infringement of this patent and industrial design.

secret professionnel constitue une règle d'exception en matière de preuve seulement, au Québec la règle représente un droit positif. On a soutenu que la règle québécoise s'applique en l'espèce et qu'il ne peut y avoir renonciation sous le régime de cette règle.

Je n'ai pas besoin de traiter les intéressantes questions soulevées en ce qui concerne les différences possibles entre le droit québécois et la *common law* si, de toute façon, en vertu de cette dernière les circonstances présentes ne constituent pas une renonciation. J'examinerai donc cette question en premier lieu.

On prétend qu'il existait dans la lettre une renonciation au privilège du secret professionnel parce que M. Castonguay, un dirigeant de la défenderesse, a déclaré dans un affidavit en date du 26 juillet 1989:

10. Toutefois, avant de commercialiser le bloc Minitalus, Permacon, soucieuse des droits des tiers, a demandé et obtenu de ses avocats une opinion relativement à la violation potentielle de brevets ou dessins industriels de tiers. Cette opinion ayant confirmé à Permacon que le bloc Minitalus ne violait pas quelque brevet ou dessin industriel actuellement valide et en vigueur au Canada et notamment ceux de Risi mentionnés dans les procédures de la demanderesse; [Soulignement ajouté.]

Et, en réponse à la demande des demandereses en vue de la production de l'avis juridique donné à la défenderesse, sur lequel se fondait cette affirmation, l'avocat de la défenderesse a fourni aux demandereses une copie de la lettre contenant l'avis juridique, mais dont certains passages avaient été effacés:

g

Le 17 janvier 1989

GROUPE PERMACON INC.

7811, boul. Louis-H. Lafontaine

Bureau 210

Ville d'Anjou (Québec)

h

H1K 4E4

À l'attention de Monsieur Alain Ratté

OBJET: Opinion de contrefaçon du brevet canadien no. 1,182,295 et dessin industriel no. 51,313

Titre: RETAINING WALL SYSTEM

Notre dossier: 527-8

i

Cher monsieur Ratté

Vous nous avez demandé une opinion de contrefaçon relative au brevet canadien et au dessin industriel mentionnés en titre. Plus particulièrement, vous désirez savoir si la fabrication et/ou la vente au Canada du bloc de construction que l'on retrouve à l'annexe 1 (le «Bloc A») constituerait une violation de ce brevet et de ce dessin industriel.

CONFIDENTIAL [portion of letter deleted]

Canadian patent 1,182,295

Before considering the patents and industrial designs found in detail, the field of protection offered by the claims of patent '295 must be determined. The first claim of this patent reads as follows:

"1) In an interlocking block for a retaining wall structure wherein like blocks are laid in horizontal courses one upon the other in end to end relation with the upper blocks interlocking with the lower blocks and displaceable therealong is sliding fit and therebeyond to overlap the adjacent ends of the lower blocks and to extend upwardly as such wall structure is erected at a selected uniform inclination to the vertical said block having;

an axis terminating in spaced apart end walls and bounded by generally flat top and bottom walls arranged in parallel relation to said axis and to each other and by front and rear facings extending from end wall to end wall and so separated as to provide a substantially uniform cross section throughout the axial extent of same;

- projecting means upstanding from said top wall and extending axially of said block between said end walls and spaced inwardly from said front facing to present an uninterrupted flat top wall portion therebetween
- said bottom wall having recess means therein likewise spaced inwardly from said front facing and extending axially of said block between said end walls;
- said projecting means and said recess means having a configuration and extent so as to matingly interlock in sliding fit when such blocks are disposed in horizontal courses one upon the other and in overlapping relation to present said projecting means upwardly;
- said projecting means being spaced rearwardly in relation to said axis a selected extent exceeding that of said recess means whereby each overlying horizontal course is automatically uniformly set back from the next below horizontal course so as to define a uniformly inclined wall structure at a selected angle to the vertical."

[TRANSLATION] For there to be a literal infringement of a claim, each component of the claim must be present in the object in question.

CONFIDENTIAL [portion of letter deleted]

There is thus no literal infringement of this claim.

CONFIDENTIAL [portion of letter deleted]

We consider there is thus no infringement by applying the theory of equivalents.

CONFIDENTIAL [portion of letter deleted]

Industrial design 51,313

It must be borne in mind that an industrial design protects the ornamental or esthetic aspect of an object, not its utilitarian characteristics.

The extent of the monopoly is determined by considering the designs and description. The description is supposed to relate to

CONFIDENTIEL [passage effacé]

Brevet Canadien 1,182,295

Avant d'étudier en détail les brevets et les dessins industriels trouvés, il faut cerner le champ de protection offert par les revendications du brevet '295. La première revendication de ce brevet se lit comme suit:

[TRADUCTION]

"1) Blocs à emboîtement pour mur de soutènement, à poser bout à bout et en rangs horizontaux et superposés, les blocs supérieurs s'emboîtant dans les blocs inférieurs, coulissant sur ceux-ci et au-delà de manière à en chevaucher les extrémités adjacentes, et suivant une progression ascendante avec une inclinaison uniforme et bien définie, au fur et à mesure de la construction du mur.

Les blocs sont délimités par des parois latérales espacées l'une de l'autre dans le sens axial, par une paroi supérieure et une paroi inférieure généralement planes, parallèles à l'axe et parallèles entre elles, et par une face avant et une face arrière s'étendant d'une paroi latérale à l'autre et séparées de manière à donner une coupe transversale uniforme sur toute la longueur de l'axe.

- La paroi supérieure comporte une saillie s'étendant dans le sens axial du bloc entre les parois latérales, placée en retrait par rapport à la face avant de manière qu'il y ait une partie plane ininterrompue entre la saillie et la face avant.
- La paroi inférieure comporte une rainure, également en retrait par rapport à la face avant et s'étendant dans le sens axial du bloc entre les parois latérales.
- La rainure et la saillie ont une configuration et une longueur telles qu'elles s'emboîtent l'une dans l'autre en coulissant lorsque les blocs sont posés les uns sur les autres, en rangs horizontaux et en se chevauchant de manière à présenter la saillie vers le haut.
- La saillie étant placée un peu plus en arrière par rapport à l'axe que la rainure, chaque rang horizontal est automatiquement et uniformément en retrait par rapport au rang inférieur, ce qui finit par former un mur uniformément incliné à un angle donné par rapport à la verticale.»

Pour qu'il y ait contrefaçon littérale d'une revendication, chaque élément de la revendication doit être présent dans l'objet étudié.

CONFIDENTIEL [passage effacé]

Il n'y a donc pas de contrefaçon littérale de cette revendication.

CONFIDENTIEL [passage effacé]

Nous sommes d'opinion qu'il n'y a donc pas de contrefaçon par l'application de la théorie des équivalents.

CONFIDENTIEL [passage effacé]

Dessin industriel 51,313

Il faut se rappeler qu'un dessin industriel protège l'aspect ornamental ou esthétique d'un objet et non les caractéristiques utilitaires de celui-ci.

L'étendue du monopole se détermine en examinant les dessins et la description. En effet, la description est censée se rapporter

whatever distinguishes the industrial design from what is known.

Consequently, for there to be an infringement of the said industrial design, the object in question must have essentially the same characteristics as those mentioned in the description and shown in the designs.

CONFIDENTIAL [portion of letter deleted]

In our opinion the visual characteristics of our block are so different as not to be an infringement of industrial design 51,313.

CONFIDENTIAL [portion of letter deleted]

Do not hesitate to get in touch with Robert Brouillette or the undersigned if further information is required.

Yours truly,

CLARK, WOODS
per: Louis Dubé

The plaintiffs argue that the reliance by Mr. Castonguay, in his affidavit, on the legal opinion which was provided to the defendant, Permacon, constitutes a waiver and that the defendant must disclose the opinion letter in its entirety. As I understand the reason for the defendant's reference to the legal opinion, it was made by Mr. Castonguay to demonstrate that the defendant had acted in good faith in producing and selling its Minitalus blocks. It was given in response to the plaintiffs' allegation that their patent was being purposefully infringed by the defendant and that punitive damages should therefore be awarded against the defendant.

There is really no dispute that there has been a waiver of solicitor-client privilege in the legal opinion which was given to the defendant, the question is whether the defendant is required to disclose the contents of the opinion letter in its entirety. The plaintiffs rely on jurisprudence which has applied the principle that when a privileged communication is pleaded or relied upon by one party, the entire document as well as documents relating thereto must be disclosed: *Lapointe v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [1987] 1 F.C. 445 (T.D.), per Cullen J.; *Risi Stone Ltd. v. Omni Stone Corp.* (1989), 23 C.P.R. (3d) 398 (Ont. S.C.), per Master Garfield; *Nowak v. Sanyshyn et al.* (1979), 23 O.R. (2d) 797 (H.C.), per Grange J.; *Kennedy et al. v. Diversified Mining Interests (Canada) Limited et al.*, [1948] O.W.N. 798 (H.C.), per LeBel J.; *Crysdale et al. v. Carter-Baron Drilling Services Partnership et al.*; *Jones*

aux éléments qui distinguent le dessin industriel de ce qui est connu.

Par conséquent, pour qu'il y ait contrefaçon dudit dessin industriel, l'objet étudié doit avoir substantiellement les mêmes caractéristiques que celles mentionnées dans la description et montrées dans les dessins.

CONFIDENTIEL [passage effacé]

Nous sommes d'opinion que les caractéristiques visuelles de notre bloc sont suffisamment différentes pour qu'elles ne constituent pas une contrefaçon du dessin industriel 51,313.

b CONFIDENTIEL [passage effacé]

N'hésitez pas à communiquer avec Me Robert Brouillette ou le soussigné si des renseignements supplémentaires étaient nécessaires.

Salutations distinguées,

c CLARK, WOODS
par: Louis Dubé

Les demanderesse soutiennent que le fait pour M. Castonguay d'invoquer dans son affidavit l'avis juridique qui a été fourni à la défenderesse, Permacon, constitue une renonciation et que ladite défenderesse doit divulguer en entier la lettre contenant l'avis juridique. Si je comprends bien la raison pour laquelle la défenderesse s'est référée à l'avis juridique, c'est que M. Castonguay voulait montrer que la défenderesse avait agi de bonne foi dans la production et la vente de ses blocs Minitalus. Il le faisait pour répondre à l'allégation des demanderesse selon laquelle la défenderesse aurait contrefait leur brevet et devrait, par conséquent, être condamnée à verser des dommages-intérêts punitifs.

On ne conteste pas vraiment le fait qu'il y a eu renonciation au privilège du secret professionnel dans l'avis juridique fourni à la défenderesse; la question est de savoir si la défenderesse est tenue de divulguer en entier la teneur de la lettre contenant l'avis juridique. Les demanderesse invoquent des décisions judiciaires dans lesquelles on a appliqué le principe selon lequel, lorsque l'une des parties invoque une communication privilégiée, il faut divulguer le document en entier ainsi que les documents y afférents: *Lapointe c. Canada (Ministre des Pêches et Océans)*, [1987] 1 C.F. 445 (1^{re} inst.), motifs du juge Cullen; *Risi Stone Ltd. v. Omni Stone Corp.* (1989), 23 C.P.R. (3d) 398 (C.S. Ont.), motifs du protonotaire Garfield; *Nowak v. Sanyshyn et al.* (1979), 23 O.R. (2d) 797 (H.C.), motifs du juge Grange; *Kennedy et al. v. Diversified Mining Interests (Canada) Limited et al.*, [1948] O.W.N. 798 (H.C.), (motifs du juge

et al.; *Third Parties* (1987), 61 O.R. (2d) 663 (S.C.), per Master Peppiatt.

In the *Lapointe* case, Mr. Justice Cullen dealt with a situation where the defendants had pleaded that they had acted as they had because they were of the belief that they were entitled in law and on the basis of the facts to do so. Mr. Justice Cullen held that by so pleading the defendants had waived the solicitor-client privilege with respect to the legal advice they had received. He ordered that each and every legal opinion given to the defendants by legal counsel should be made available to the plaintiffs [at page 448]:

How can anyone fairly judge whether the defendants or either of them or their servants or agents acted maliciously, or whether they acted in belief that they were entitled in law in acting as they did unless one has access to the legal opinions?

Mr. Justice Cullen referred to *Rogers v. Bank of Montreal* (1985), 62 B.C.L.R. 387 (C.A.) where it was held that [at pages 448-449 F.C.]:

By raising the defence of reliance on the legal opinion of the receiver respecting its appointment and the timing of the demand for payment, the bank made its knowledge of the law relevant to the proceedings. The bank's right of solicitor-client privilege respecting the advice it received from its solicitors concerning those matters ought, therefore, to be removed for the purposes of the application. However, the restriction in the order to documents given to the bank by its solicitors was not justified and the order was extended to include disclosure of communications from the bank to its solicitors.

... "the bank's assertion that it relied on legal advice given by the receiver necessarily puts in issue the rest of the bank's knowledge of the relevant law and therefore the nature of the legal advice it received from others".

The other decisions referred to by counsel for plaintiffs are to a similar effect.

I was not referred, by counsel for the plaintiffs to any Canadian cases which discussed the extent of disclosure which must be made. *Phipson on Evidence*, 13th ed., (London: Sweet & Maxwell, 1982) contains the following passage at pages 305-306:

LeBel); *Crysdale et al. v. Carter-Baron Drilling Services Partnership et al.*; *Jones et al.*; *Third Parties* (1987), 61 O.R. (2d) 663 (C.S.), motifs du notaire Peppiatt.

^a Dans l'affaire *Lapointe*, le juge Cullen a traité d'une situation où les défendeurs avaient soutenu qu'ils avaient agi comme ils l'avaient fait parce qu'ils croyaient en avoir le droit en vertu de la loi et en raison des faits. Le juge Cullen a conclu qu'en plaidant ainsi, les défendeurs avaient renoncé au privilège du secret professionnel en ce qui concernait l'avis juridique qu'ils avaient reçu. Il a ordonné que les demandeurs puissent prendre connaissance de tout avis juridique fourni aux défendeurs par leurs conseillers juridiques [à la page 448]:

^b Comment pourrait-on juger impartialement si l'un ou l'autre des défendeurs ou leurs préposés ou mandataires ont agi abusivement ou s'ils ont agi en croyant qu'ils étaient habilités par la loi à agir comme ils l'ont fait à moins d'avoir accès à ces opinions juridiques?

^c Le juge Cullen s'est reporté à l'arrêt *Rogers v. Bank of Montreal* (1985), 62 B.C.L.R. 387 (C.A.), dans lequel il a été statué que [aux pages 448 et 449 C.F.]:

^d [TRADUCTION] En soulevant dans sa défense qu'elle s'était fiée à l'opinion juridique du séquestre en ce qui concerne sa nomination et le moment choisi par ce dernier pour présenter sa demande de paiement, la banque a fait en sorte que sa connaissance de la loi soit pertinente en l'espèce. Le droit de la banque d'invoquer le privilège du secret professionnel en ce qui a trait aux conseils qu'elle a reçus de ses avocats sur ces questions doit, par conséquent, lui être retiré aux fins de la présente demande. L'ordonnance n'aurait toutefois pas dû restreindre la divulgation aux documents donnés à la banque par ses avocats et elle a été modifiée de manière à viser la divulgation des communications de la banque à ses avocats.

^e ... «l'affirmation par la banque qu'elle s'était fiée aux conseils juridiques donnés par le séquestre met nécessairement en cause la connaissance par celle-ci de la loi applicable et, par conséquent, la nature des opinions juridiques qu'elles a reçues d'autres personnes».

^f Les autres décisions citées par l'avocat des demanderesse vont dans le même sens.

^g L'avocat des demanderesse ne m'a cité aucune décision canadienne qui ait examiné jusqu'où doit aller la divulgation à faire. Dans *Phipson on Evidence*, 13^e éd. (Londres: Sweet & Maxwell, 1982), on peut lire le passage suivant aux pages 305 et 306:

The [solicitor-client] privilege may, however, as we have seen, (*Ante*, § 15-06) be waived by the client (though not by the solicitor), either expressly or impliedly—e.g. by the client being examined by his counsel as to the privileged matter. It has been suggested that if the witness is examined only as to part of the document, he cannot be cross-examined as to the residue, (*Bate v. Kinsey*, 1 C.M. & R. 38; *M'Donnel v. Conry*, Ir. Cir. Rep. 807; *R. v. Levenson*, 11 Cox 152; *Lyell v. Kennedy*, 27 Ch. D. 1), but this is clearly incorrect if the residue deals with the same subject matter. The effect of cross-examining on the residue is to make the whole document evidence. (*Post* § 33-42.) Cross-examination does not necessarily bring in other statements mentioned in the document . . . Merely to refer to a document in a pleading is not tantamount to waiving privilege in respect of it (though it is otherwise if the terms of the document are set out). (*Butter Gas & Oil Co. v. Hammer (No. 3)*, [1980] 3 All E.R. 475 (C.A.)).

The court will permit severance of the various parts of the document, and thus the retention of privilege for the concealed part, only if the subject-matter is wholly distinct. [Underlining added.]

In Sopinka and Lederman, *The Law of Evidence in Civil Cases*, at page 182, the following is found:

If the holder of the privilege does waive it, then the solicitor will be compelled to disclose the confidential communication. Waiver of the legal professional privilege, however, will not, without more, result in the waiver of another corresponding privilege. In *George Doland Ltd. v. Blackburn Robson Coates & Co. et al.*, the plaintiff company called their solicitor to testify about a telephone conversation between him and its managing director. Geoffrey Lane J. ruled that although that constituted waiver of the solicitor-client privilege, it did not in addition vitiate the plaintiff's privilege relating to documents subsequently prepared for the purposes of litigation. [Footnote omitted.]

The *Doland* [*Doland (George) Ltd v Blackburn Robson Coates Et Co (a firm)*, [1972] 3 All ER 959 (Q.B.)] case referred to in Sopinka and Lederman dealt with a situation in which the plaintiff admitted evidence concerning a telephone conversation which had taken place between the managing director and the plaintiff's solicitor. It was held that the defendant's counsel could cross-examine on any matter contained in the telephone call but not with respect to documents which came into existence subsequently or with respect to subsequent oral conversations.

The purpose behind requiring disclosure of the whole document when part has been disclosed was

[TRADUCTION] Toutefois, ainsi que nous l'avons vu (voir ci-dessus § 15-06), le client (mais non l'avocat) peut renoncer au privilège [du secret professionnel], soit expressément soit implicitement—par ex. lorsque le client est interrogé par son avocat en ce qui a trait à la question privilégiée. On a suggéré que, si le témoin est interrogé sur un passage seulement du document, il ne puisse pas être interrogé sur le reste du document (*Bate v. Kinsey*, 1 C.M. & R. 38; *M'Donnel v. Conry*, Ir. Cir. Rep. 807; *R. v. Levenson*, 11 Cox 152; *Lyell v. Kennedy*, 27 Ch. D. 1), mais évidemment cela n'est pas valable si le reste du document se rapporte au même sujet. Le contre-interrogatoire portant sur le reste du document fait que tout le document devient un élément de preuve (voir ci-après § 33-42). Le contre-interrogatoire ne fait pas nécessairement intervenir d'autres déclarations mentionnées dans le document . . . Le simple fait de se reporter à un document dans un acte de procédure n'équivaut pas à renoncer au privilège du secret professionnel en ce qui a trait à celui-ci (bien qu'il en soit autrement si la teneur du document est exposée) (*Butter Gas & Oil Co. v. Hammer (No. 3)*, [1980] 3 All E.R. 475 (C.A.)).

La cour permettra de disjointer les différents passages du document et de maintenir ainsi le privilège du secret professionnel quant à la partie non divulguée du texte, seulement si le sujet est tout à fait distinct. [Soulignement ajouté.]

Dans l'ouvrage de Sopinka et Lederman intitulé *The Law of Evidence in Civil Cases*, on peut lire ce qui suit, à la page 182:

[TRADUCTION] Si le titulaire du privilège y renonce effective-ment, l'avocat sera obligé de divulguer la communication confidentielle. Toutefois, la renonciation au privilège du secret professionnel n'entraînera pas, sans plus, la renonciation à un autre privilège correspondant. Dans l'affaire *George Doland Ltd. v. Blackburn Robson Coates & Co. et al.*, la compagnie demanderesse a demandé à son avocat de témoigner au sujet d'une conversation téléphonique intervenue entre lui et son directeur général. Le juge Geoffrey Lane a statué que, bien que ce geste constituât une renonciation au privilège du secret professionnel, il n'entachait pas de nullité le privilège de la demanderesse relativement aux documents rédigés ultérieurement aux fins du litige. [Omission d'une note infrapaginale.]

L'affaire *Doland* [*Doland (George) Ltd v Blackburn Robson Coates Et Co (a firm)*, [1972] 3 All ER 959 (Q.B.)] citée dans l'ouvrage de Sopinka et Lederman traitait d'un cas où la demanderesse avait admis la preuve relative à une conversation téléphonique qui avait eu lieu entre son propre avocat et le directeur général. Il a été jugé que l'avocat de la défenderesse pourrait faire porter le contre-interrogatoire sur toute question contenue dans la conversation téléphonique mais pas sur des documents écrits ultérieurement ou sur des conversations tenues par la suite.

L'objectif recherché dans une demande de divulgation de la totalité d'un document lorsqu'une

discussed in *Burnell v. British Transport Commission*, [1956] 1 Q.B. 187 (C.A.) [at page 190]:

It would be most unfair that cross-examining counsel should use part of the document which was to his advantage and not allow anyone, not even the judge or the opposing counsel, a sight of the rest of the document, much of which might have been against him. [Underlining added.]

In *Great Atlantic Insurance Co v Home Insurance Co*, [1981] 2 All ER 485 (C.A.), several paragraphs of privileged document were read into the record. The Court held [at pages 490-492]:

The second question is whether, the whole of the memorandum being a privileged communication between legal adviser and client, the plaintiff may waive the privilege with regard to the first two paragraphs of the memorandum but assert privilege over the additional matter. In my judgment severance would be possible if the memorandum dealt with entirely different subject matters or different incidents and could in effect be divided into two separate memoranda each dealing with a separate subject matter. The judge with the experience of 14 days of the trial and after reading the whole of the memorandum came to the conclusion that the first two paragraphs of the memorandum and the additional matter dealt with the same subject matter. Knowing far less about the circumstances, I would be slow to come to a different conclusion. Having read the whole memorandum, I agree with him. Indeed the affidavit of the plaintiffs' English solicitors makes this plain.

Counsel for the plaintiffs argued that severance is permissible where the part disclosed is only an account of a discussion which itself is not privileged. But, once it is decided that the memorandum deals with only one subject matter, it seems to me that it might be or appear dangerous or misleading to allow the plaintiffs to disclose part of the memorandum and to assert privilege over the remainder. In the present case the suspicions of Heath which have not unnaturally been aroused by the disclosure of only part of the memorandum can only be justified or allayed by disclosing the whole. It would be undesirable for severance to be allowed in these circumstances. In my judgment, the simplest, safest and most straightforward rule is that if a document is privileged then privilege must be asserted, if at all, to the whole document unless the document deals with separate subject matters so that the document can in effect be divided into two separate and distinct documents each of which is complete.

It is true that in the present case the first two paragraphs can be divided from the remainder of the memorandum but they deal with the same subject matter. Waiver of part of a document is bound to lead to grave difficulties for all parties and to many unjustified suspicions.

partie de celui-ci a déjà été divulguée a été examiné dans l'arrêt *Burnell v. British Transport Commission*, [1956] 1 Q.B. 187 (C.A.) [à la page 190]:

a [TRADUCTION] Il serait fort injuste que l'avocat qui procède à un contre-interrogatoire utilise une partie du document qui était à son avantage et ne permette à personne, pas même au juge ou à l'avocat de la partie adverse, de prendre connaissance du reste du document, dont une grande partie aurait pu être à son désavantage. [Soulignements ajoutés.]

b

Dans l'affaire *Great Atlantic Insurance Co v Home Insurance Co*, [1981] 2 All ER 485 (C.A.), plusieurs paragraphes du document privilégié ont été versés au dossier. La Cour a jugé que [aux

c pages 490 à 492]:

[TRADUCTION] La deuxième question est de savoir si, la totalité de la note étant une communication privilégiée entre le conseiller juridique et son client, le demandeur peut renoncer au privilège du secret professionnel en ce qui concerne les deux premiers paragraphes de la note mais revendiquer ce privilège relativement au reste du texte. mon avis, il serait possible de faire une disjonction si la note traitait de sujets totalement différents ou d'événements différents et pouvait de fait se diviser en deux notes distinctes traitant chacune d'un sujet distinct. Le juge, compte tenu des 14 jours qu'avait duré le procès et après lecture du texte entier de la note en est venu à la conclusion que les deux premiers paragraphes de la note et le reste du texte traitaient du même sujet. Étant beaucoup moins au courant des circonstances, j'hésiterais à tirer une conclusion différente. Après lecture de la totalité de la note, je suis d'accord avec lui. En effet, l'affidavit des procureurs anglais des demandeurs vient éclaircir cela.

f

L'avocat des demandeurs a soutenu que la disjonction est possible lorsque le passage divulgué n'est qu'un compte rendu d'une discussion qui elle-même n'est pas privilégiée. Mais une fois qu'il a été décidé que la note traite seulement d'un sujet, il me semble qu'il pourrait être ou paraître dangereux ou trompeur de permettre aux demandeurs de divulguer une partie de la note et de revendiquer le privilège du secret professionnel quant au reste du texte. Dans la présente affaire, les soupçons de Heath qui n'ont pas été anormalement soulevés par la divulgation d'une partie seulement de la note ne peuvent être justifiés ou dissipés que par la divulgation de la totalité de cette note. Il ne serait pas souhaitable de permettre la disjonction dans ces circonstances. À mon avis, la règle la plus simple et la plus sécuritaire est que, si un document est privilégié, le privilège doit alors être étendu, dans la mesure du possible, à l'ensemble du document à moins que celui-ci ne traite de sujets distincts de telle sorte que le document puisse de fait se diviser en deux documents distincts dont chacun est complet.

i

Il est vrai qu'en l'espèce, les deux premiers paragraphes peuvent se séparer du reste de la note, mais ils traitent du même sujet. La renonciation au privilège pour une partie d'un document risque d'entraîner de graves difficultés pour toutes les parties et d'engendrer beaucoup de soupçons non justifiés.

j

In *Nea Karteria Maritime Co Ltd v Atlantic and Great Lakes Steamship Corpn* (11th December 1978, unreported) decided by Mustill J the judge succinctly summarised the position as follows:

'I believe that the principle underlying the rule of practice exemplified by *Burnell v British Transport Commission* is that, where a party is deploying in court material which would otherwise be privileged, the opposite party and the court must have an opportunity of satisfying themselves that what the party has chosen to release from privilege represents the whole of the material relevant to the issue in question. To allow an individual item to be plucked out of context would be to risk injustice through its real weight or meaning being misunderstood. In my view, the same principle can be seen at work in *George Doland Ltd v Blackburn Robson Coates & Co* in a rather different context.'

I agree and would only add that it would not be satisfactory for the court to decide that part of a privileged document can be introduced without waiving privilege with regard to the other part in the absence of informed argument to the contrary, and there can be no informed argument without the disclosure, which would make argument unnecessary.

Counsel for the plaintiffs attempted to distinguish the decisions in *Burnell v British Transport Commission* and *George Doland Ltd v Blackburn Robson Coates & Co* on the grounds that it was necessary in those cases for the whole statement to be disclosed in order that the consistency of the testimony of a witness could be scrutinised. In my judgment, however, the rule that privilege relating to a document which deals with one subject matter cannot be waived as to part and asserted as to the remainder is based on the possibility that any use of part of a document may be unfair or misleading, that the party who possesses the document is clearly not the person who can decide whether a partial disclosure is misleading or not, nor can the judge decide without hearing argument, nor can he hear argument unless the document is disclosed as a whole to the other side. Once disclosure has taken place by introducing part of the document into evidence or using it in court it cannot be erased. [Underlining added.]

It must be noted, then, that the purpose for requiring disclosure of a whole document, when part only is released, is to prevent unfairness to the other party, to prevent one side citing only those portions of a document which are in its favour. The reason the Court enunciated, what I will call, the same subject-matter rule in the *Great Atlantic Insurance* case was because it was of the view that the relevance of the excised parts of the document could not be determined by the judge, in the absence of argument by counsel thereon.

Dans l'affaire *Nea Karteria Maritime Co Ltd v Atlantic and Great Lakes Steamship Corpn* (11 décembre 1978, non publiée), le juge Mustill a résumé brièvement sa position de la façon suivante:

a 'Je crois que le principe qui sous-tend la règle de pratique illustrée par l'arrêt *Burnell v British Transport Commission* est que, lorsque l'une des parties présente devant le tribunal un document qui autrement serait privilégié, la partie adverse et le tribunal doivent avoir la possibilité de se convaincre que ce que la partie a choisi de soustraire au privilège représente la totalité du document qui se rapporte à la question en cause. Permettre de sortir un point particulier de son contexte, ce serait risquer d'engendrer une injustice du fait que sa véritable portée ou signification serait mal comprise. À mon avis, on peut voir le même principe en jeu dans l'arrêt *George Doland Ltd v Blackburn Robson Coates & Co* dans un contexte assez différent.'

d Je suis d'accord avec cela et j'ajouterais seulement qu'il ne serait pas satisfaisant pour le tribunal de décider qu'une partie d'un document privilégié peut être présentée sans renonciation au privilège du secret professionnel en ce qui concerne l'autre partie en l'absence d'une plaidoirie éclairée au contraire, et il ne peut y avoir de plaidoirie éclairée sans la divulgation, qui rendrait la plaidoirie inutile.

e L'avocat des demandeurs a tenté de faire une distinction entre les décisions *Burnell v British Transport Commission* et *George Doland Ltd v Blackburn Robson Coates & Co* pour le motif qu'il fallait dans ces deux affaires que la déclaration soit divulguée en entier afin qu'on puisse examiner si la déposition d'un témoin est cohérente. À mon avis, toutefois, la règle selon laquelle il ne peut pas y avoir renonciation au privilège relatif à un document traitant d'un seul sujet quant à une partie seulement et revendication du privilège pour le reste du document se fonde sur la possibilité que toute utilisation d'une partie du document peut être injuste ou trompeuse, que la partie qui était en possession du document n'est manifestement pas la personne qui peut décider si une divulgation partielle du document est trompeuse ou non, et que le juge ne peut se prononcer sans entendre de plaidoirie, ni qu'il ne peut entendre de plaidoirie à moins que le document soit divulgué en entier à l'autre partie. Une fois qu'il y a eu divulgation en présentant une partie du document en preuve ou en l'utilisant devant le tribunal, on ne peut pas faire de suppression. [Soulignement ajouté.]

h Il faut alors noter que la demande de divulgation d'un document en entier, lorsqu'une partie seulement de celui-ci a été communiquée, vise à empêcher une injustice à l'égard de l'autre partie, à empêcher une partie de citer seulement les passages d'un document qui sont à son avantage. Si la Cour a formulé ce que j'appellerai la règle du même sujet dans l'affaire *Great Atlantic Insurance*, c'est qu'elle était d'avis que la pertinence des extraits du document ne pouvait pas être établie par le juge, en l'absence de plaidoirie de l'avocat là-dessus.

In the present case, the legal opinion tendered is being put forward to show good faith on the part of the defendant. What is relevant to that issue, then, is the degree of assurance which the defendant received from its solicitors; any statements in the letter which would contradict or qualify the conclusions which appear in the parts of the opinion letter which have been disclosed would be relevant to that issue. If the defendant acted in the face of a qualified opinion or in defiance of an opinion which indicated that there was no right to do so (despite the portions of the letter which have been disclosed indicating otherwise) then those other portions would have to be disclosed. The legal reasons upon which the solicitor reached his conclusions however, (e.g. amount of prior art searched) are not relevant to this issue. In my view, such reasons can be considered to be a separate subject-matter. It is not the accuracy of counsel's opinion which is in issue but the degree of certainty which counsel communicated to the defendant in giving an opinion.

In my view, the two aspects of the communication to the defendant by its solicitors (the qualified or unqualified nature of the opinion and the legal grounds therefor) can be severed and counsel for the defendant has accurately done so. This is not a case where there is need for argument from counsel before it is possible for a judge to determine the relevance of the severed portions and whether they address the same or different subject-matters. In my view, the defendant has disclosed portions of the communication connected to the aspect of that communication which was put in issue by the waiver. The claim for privilege with respect to the undisclosed portions is properly made.

While the matter is being dealt with on motion, as a preliminary issue, that does not preclude the Trial Judge reconsidering the issue should evidence at that stage be such as to indicate that this would be appropriate. Accordingly, the copy of the letter will be placed in a sealed envelope marked confidential—for the eyes of the Court only. In the absence of further order of the Court, it will remain so.

En l'espèce, l'avis juridique fourni est présenté afin de prouver la bonne foi de la défenderesse. Ce qui se rapporte à la question est alors le degré d'assurance communiqué à la défenderesse par ses procureurs; tout énoncé de la lettre qui contredirait ou nuancerait les conclusions qui figurent dans les passages de la lettre contenant l'avis juridique qui ont été divulgués se rapporterait à cette question. Si la défenderesse a agi en se fiant à un avis éclairé ou en dépit d'un avis qui indiquait qu'elle n'avait pas le droit d'agir ainsi (malgré les passages de la lettre qui ont été divulgués indiquant autre chose), ces autres passages devraient donc être divulgués. Les motifs juridiques à partir desquels l'avocat en est venu à ses conclusions cependant (par ex. la somme des connaissances antérieures recherchées) ne se rapportent pas à cette question-là. À mon avis, ces motifs peuvent être considérés comme étant un sujet distinct. Ce n'est pas l'exactitude de l'avis juridique de l'avocat qui est en question mais le degré de certitude que l'avocat a communiqué à la défenderesse en lui donnant son avis.

Selon moi, les deux aspects de la communication que ses procureurs ont faite à la défenderesse (le caractère éclairé ou non de l'avis juridique et ses motifs sur le plan juridique) peuvent être disjoints et l'avocat de la défenderesse a agi exactement ainsi. Il ne s'agit pas d'une affaire où l'avocat doit présenter une plaidoirie avant que le juge puisse se prononcer sur la pertinence des passages disjoints et décider s'ils abordent le même sujet ou un sujet différent. À mon avis, la défenderesse a divulgué une partie de la communication liée à l'aspect de cette communication qui a été mise en question par la renonciation. La revendication du privilège en ce qui concerne les passages non divulgués est justifiée.

Bien que cette question soit traitée à l'occasion d'une requête comme une question préliminaire, cela n'empêche pas que le juge de première instance examine la question de nouveau si la preuve à cette étape-là devait indiquer que ce serait approprié. Par conséquent, la copie de la lettre sera placée dans une enveloppe scellée portant la mention confidentiel—à l'intention de la Cour seulement. Les choses resteront ainsi en l'absence d'ordonnance ultérieure de la Cour.

T-746-88

T-746-88

Information Commissioner of Canada (Applicant)**Commissaire à l'information du Canada (requérant)**

v.

a c.

Minister of National Defence (Respondent)**Ministre de la Défense nationale (intimé)**

INDEXED AS: CANADA (INFORMATION COMMISSIONER) v. CANADA (MINISTER OF NATIONAL DEFENCE) (T.D.)

RÉPERTORIÉ: CANADA (COMMISSAIRE À L'INFORMATION) c. CANADA (MINISTRE DE LA DÉFENSE NATIONALE) (1^{re} INST.)

Trial Division, Reed J.—Ottawa, February 19 and 22, 1990.

Section de première instance, juge Reed—Ottawa, 19 et 22 février 1990.

Access to information — Notice of refusal to grant access to documents — Information Commissioner, acting on behalf of requester, applying to Court under Act, s. 42(1)(a), to determine whether Minister required, in notice of refusal based on Act, s. 15, to specify paragraphs thereof relied on — Act, s. 10(1) not requiring notice identify specific category of document listed in s. 15(1) — For purposes of s. 15, requirements of s. 10 met by identifying types of injury liable to occur — Reference to specific descriptive paragraphs not required, although commendable in many circumstances.

Accès à l'information — Avis de refus de communication de certains documents — Le Commissaire à l'information, agissant sur le fondement de l'art. 42(1)a) de la Loi pour le compte du requérant, a demandé à la Cour de déterminer si, dans un avis de refus fondé sur l'art. 15 de la Loi, le ministre était tenu de préciser les alinéas sur lesquels il s'appuyait — L'art. 10(1) de la Loi n'exige pas que l'avis en question mentionne celles des catégories particulières de documents énumérés à l'art. 15(1) qui se trouvent visées — Pour les fins de l'art. 15, les exigences de l'art. 10 sont satisfaites par la spécification des genres de préjudices qui sont susceptibles de se produire — La mention des alinéas descriptifs précis n'est pas nécessaire, bien que cette pratique puisse, dans bien des circonstances, être une pratique recommandable.

Federal Court jurisdiction — Trial Division — Whether jurisdiction in Court, under Access to Information Act, to entertain application to review refusal of access to information where application limited to content of notice — Jurisdiction in Court as requirements of Act, s. 50 met: head of government institution refused to disclose requested record — Commissioner authorized, under s. 42(1), to apply for review of any refusal to disclose requested record — Review of content of notice of refusal review of refusal — Application seeking assessment of content of notice not falling outside Act, s. 42(1) or 50.

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — La Loi sur l'accès à l'information confère-t-elle à cette Cour la compétence voulue pour entendre une demande d'examen d'un refus de communiquer des renseignements lorsque cette demande se limite au contenu de l'avis? — La Cour est compétente puisque les exigences de l'art. 50 de la Loi sont satisfaites: le responsable de l'institution fédérale concernée a refusé la communication des documents demandés — Aux termes de l'art. 42(1), le Commissaire est autorisé à solliciter la révision du refus de communication d'un document demandé — La révision du contenu d'un avis de refus est une révision du refus lui-même — Une demande recherchant l'évaluation du contenu de l'avis n'est pas exclue du champ d'application de l'art. 42(1) ou de l'art. 50.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED**LOIS ET RÈGLEMENTS**

Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 2, 10(1), 15, 16, 18, 20, 21, 35(2), 37(5), 42(1)(a),(2), 50.

Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), chap. A-1, art. 2, 10(1), 15, 16, 18, 20, 21, 35(2), 37(5), 42(1)a),(2), 50.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED**JURISPRUDENCE****CONSIDERED:**

i

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of External Affairs), [1989] 1 F.C. 3; (1988), 18 F.T.R. 278 (T.D.); Vienneau v. Canada (Solicitor General), [1988] 3 F.C. 336; (1988), 24 C.P.R. (3d) 104 (T.D.).

Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre des Affaires extérieures), [1989] 1 C.F. 3; (1988), 18 F.T.R. 278 (1^{re} inst.); Vienneau c. Canada (Solliciteur général), [1988] 3 C.F. 336; (1988), 24 C.P.R. (3d) 104 (1^{re} inst.).

REFERRED TO:**DÉCISIONS CITÉES:**

Rubin v. Canada (Canada Mortgage and Housing

Rubin c. Canada (Société canadienne d'hypothèques et

Corp.), [1989] 1 F.C. 265; (1988), 52 D.L.R. (4th) 671; 19 F.T.R. 160; 86 N.R. 186 (C.A.); *Davidson v. Canada (Solicitor General)*, [1989] 2 F.C. 341; (1989), 47 C.C.C. (3d) 104; 24 C.P.R. (3d) 129; 98 N.R. 126 (C.A.).

COUNSEL:

M. L. Phelan, P. J. Wilson and Paul B. Tetro for applicant.
I. M. Donahoe for respondent.

SOLICITORS:

Osler, Hoskin & Harcourt, Ottawa, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

REED J.: This application is concerned with the content of the notice which must be given when a refusal to grant access to documents is issued. That is, is a Minister required, when giving notice of a refusal founded on section 15 of the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1 (hereinafter the "Act"), to specify the particular paragraph or paragraphs of that section which are relevant to the refusal. The Court's jurisdiction to grant the order sought, in this case, is also in issue.

Facts and Some Relevant Statutory Provisions

On February 11, 1985 Paul Knox wrote to the Department of National Defence seeking access to a number of document. Many of the documents were released; six were not. They are described as follows:

3. Exchange of Notes on Consultation prior to the Release of Nuclear Weapons, 16 August 1962.
20. Agreement on Storage of Nuclear Weapons, September 1963.
31. Declaration of Hostilities and Rules of Engagement—NORAD/CONAD Manual, 15 March 1972.
219. Exchange of Notes on the Operations of United States Nuclear Powered Warships in Foreign Ports, 18 March 1969.

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.); *Davidson c. Canada (Procureur général)*, [1989] 2 C.F. 341; (1989), 47 C.C.C. (3d) 104; 24 C.P.R. (3d) 129; 98 N.R. 126 (C.A.).

AVOCATS:

M. L. Phelan, P. J. Wilson et Paul B. Tetro pour le requérant.
I. M. Donahoe pour l'intimé.

PROCUREURS:

Osler, Hoskin & Harcourt, Ottawa, pour le requérant.
Le sous-procureur général du Canada, pour l'intimé.

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

LE JUGE REED: La présente demande porte sur le contenu de l'avis qui doit être donné lorsqu'il y a refus de communiquer des documents. La question soulevée est celle de savoir si un ministre donnant un avis de refus fondé sur l'article 15 de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), chap. A-1 (ci-après appelée la «Loi») est tenu de préciser le ou les alinéas de cet article qui sont pertinents à son refus. La compétence permettant à la Cour d'accorder l'ordonnance demandée est également soulevée en l'espèce.

Les faits et certaines dispositions pertinentes de la Loi

Le 11 février 1985, Paul Knox a écrit au ministère de la Défense nationale pour lui demander la communication d'un certain nombre de documents. Un grand nombre de ceux-ci ont été communiqués; six ne l'ont pas été. Ils se trouvent décrits de la manière suivante:

- [TRADUCTION] 3. Échange de notes sur une consultation préalable à l'utilisation des armes nucléaires, le 16 août 1962.
20. Accord sur l'entreposage des armes nucléaires, septembre 1963.
 31. Déclaration des hostilités et règles d'engagement—Manuel NORAD/CONAD, le 15 mars 1972.
 219. Échange de notes sur les opérations des navires de guerre à propulsion nucléaire des États-Unis dans les ports étrangers, le 18 mars 1969.

288. United States-Canada CIM-108/CF101 Weapon Inspection Plan, 15 December 1970.
290. Exchange of Notes on Conditions Under Which Storage of Nuclear Anti-Submarine Weapons in Canada, for use of U.S. Forces, Would be Permitted, 27 July 1967.

Mr. Knox applied to the Information Commissioner seeking a review of the decision refusing him access to the documents. He also complained that he had not been given the type of notice which is required by subsection 10(1) of the Act because he had not been told which paragraphs of section 15 were being relied upon, by the Minister, in coming to the conclusion that access to the documents would not be granted.

Subsection 10(1) of the Act provides:

10. (1) Where the head of a government institution refuses to give access to a record requested under this Act or a part thereof, the head of the institution shall state in the notice given under paragraph 7(a)

- (a) that the record does not exist, or
 (b) the specific provision of this Act on which the refusal was based or, where the head of the institution does not indicate whether a record exists, the provision on which a refusal could reasonably be expected to be based if the record existed,

and shall state in the notice that the person who made the request has a right to make a complaint to the Information Commissioner about the refusal. [Underlining added.]

Subsection 15(1) provides:

15. (1) The head of a government institution may refuse to disclose any record requested under this Act that contains information the disclosure of which could reasonably be expected to be injurious to the conduct of international affairs, the defence of Canada or any state allied or associated with Canada or the detection, prevention or suppression of subversive or hostile activities, including, without restricting the generality of the foregoing, any such information

- (a) relating to military tactics or strategy, or relating to military exercises or operations undertaken in preparation for hostilities or in connection with the detection, prevention or suppression of subversive or hostile activities;
- (b) relating to the quantity, characteristics, capabilities or deployment of weapons or other defence equipment or of anything being designed, developed, produced or considered for use as weapons or other defence equipment;
- (c) relating to the characteristics, capabilities, performance, potential, deployment, functions or role of any defence establishment, of any military force, unit or personnel or of any organization or person responsible for the detection, prevention or suppression of subversive or hostile activities;

288. Plan d'inspections des armes CIM-108/CF101 Canada-États-Unis, le 15 décembre 1970.
290. Échange de notes sur les conditions dans lesquelles serait permis l'entreposage au Canada d'armes nucléaires anti-sous-marines à l'usage des Forces armées des États-Unis, le 27 juillet 1967.

M. Knox a présenté au Commissaire à l'information une demande sollicitant la révision de la décision lui ayant refusé l'accès aux documents. Il s'est également plaint de ne pas avoir reçu le genre d'avis exigé par le paragraphe 10(1) de la Loi, en alléguant ne pas avoir été informé des alinéas de l'article 15 sur lesquels le ministre se fondait pour en venir à la conclusion que la communication des documents ne serait pas accordée.

Le paragraphe 10(1) de la Loi est ainsi libellé:

10. (1) En cas de refus de communication totale ou partielle d'un document demandé en vertu de la présente loi, l'avis prévu à l'alinéa 7a) doit mentionner, d'une part, le droit de la personne qui a fait la demande de déposer une plainte auprès du Commissaire à l'information et, d'autre part:

- a) soit le fait que le document n'existe pas;
 b) soit la disposition précise de la présente loi sur laquelle se fonde le refus ou, s'il n'est pas fait état de l'existence du document, la disposition sur laquelle il pourrait vraisemblablement se fonder si le document existait. [Je souligne.]

Le paragraphe 15(1) est rédigé de la façon suivante:

15. (1) Le responsable d'une institution fédérale peut refuser la communication de documents contenant des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de porter préjudice à la conduite des affaires internationales, à la défense du Canada ou d'États alliés ou associés avec le Canada ou à la détection, à la prévention ou à la répression d'activités hostiles ou subversives, notamment:

- a) des renseignements d'ordre tactique ou stratégique ou des renseignements relatifs aux manœuvres et opérations destinées à la préparation d'hostilités ou entreprises dans le cadre de la détection, de la prévention ou de la répression d'activités hostiles ou subversives;
- b) des renseignements concernant la quantité, les caractéristiques, les capacités ou le déploiement des armes ou des matériels de défense, ou de tout ce qui est conçu, mis au point, produit ou prévu à ces fins;
- c) des renseignements concernant les caractéristiques, les capacités, le rendement, le potentiel, le déploiement, les fonctions ou le rôle des établissements de défense, des forces, unités ou personnels militaires ou des personnes ou organisations chargées de la détection, de la prévention ou de la répression d'activités hostiles ou subversives;

(d) obtained or prepared for the purpose of intelligence relating to

(i) the defence of Canada or any state allied or associated with Canada, or

(ii) the detection, prevention or suppression of subversive or hostile activities;

(e) obtained or prepared for the purpose of intelligence respecting foreign states, international organizations of states or citizens of foreign states used by the Government of Canada in the process of deliberation and consultation or in the conduct of international affairs;

(f) on methods of, and scientific or technical equipment for, collecting, assessing or handling information referred to in paragraph (d) or (e) or on sources of such information;

(g) on the positions adopted or to be adopted by the Government of Canada, governments of foreign states or international organizations of states for the purpose of present or future international negotiations;

(h) that constitutes diplomatic correspondence exchanged with foreign states or international organizations of states or official correspondence exchanged with Canadian diplomatic missions or consular posts abroad; or

(i) relating to the communications or cryptographic systems of Canada or foreign states used

(i) for the conduct of international affairs,

(ii) for the defence of Canada or any state allied or associated with Canada, or

(iii) in relation to the detection, prevention or suppression of subversive or hostile activities. [Underlining added.]

d) des éléments d'information recueillis ou préparés aux fins du renseignement relatif à:

(i) la défense du Canada ou d'États alliés ou associés avec le Canada,

(ii) la détection, la prévention ou la répression d'activités hostiles ou subversives;

e) des éléments d'information recueillis ou préparés aux fins du renseignement relatif aux États étrangers, aux organisations internationales d'États ou aux citoyens étrangers et utilisés par le gouvernement du Canada dans le cadre de délibérations ou consultations ou dans la conduite des affaires internationales;

f) des renseignements concernant les méthodes et le matériel technique ou scientifique de collecte, d'analyse ou de traitement des éléments d'information visés aux alinéas d) et e), ainsi que des renseignements concernant leurs sources;

g) des renseignements concernant les positions adoptées ou envisagées, dans le cadre de négociations internationales présentes ou futures, par le gouvernement du Canada, les gouvernements d'États étrangers ou les organisations internationales d'États;

h) des renseignements contenus dans la correspondance diplomatique échangée avec des États étrangers ou des organisations internationales d'États, ou dans la correspondance officielle échangée avec des missions diplomatiques ou des postes consulaires canadiens;

i) des renseignements relatifs à ceux des réseaux de communications et des procédés de cryptographie du Canada ou d'États étrangers qui sont utilisés dans les buts suivants:

(i) la conduite des affaires internationales;

(ii) la défense du Canada ou d'États alliés ou associés avec le Canada,

(iii) la détection, la prévention ou la répression d'activités hostiles ou subversives. [Je souligne.]

In response to Mr. Knox's request for a review of the Minister's decision, the Information Commissioner determined that the refusal of access to the documents was justified on the grounds set out in section 15 but that the notice of refusal, which had been sent to Mr. Knox, should have contained reference to the particular paragraphs of section 15 which were being relied upon. The Information Commissioner obtained authorization from Mr. Knox to pursue an appeal on his behalf to the Federal Court pursuant to paragraph 42(1)(a) of the Act.

42. (1) The Information Commissioner may

(a) apply to the Court, within the time limits prescribed by section 41, for a review of any refusal to disclose a record requested under this Act or a part thereof in respect of which an investigation has been carried out by the Information Commissioner, if the Commissioner has the consent of the person who requested access to the record;

(b) appear before the Court on behalf of any person who has applied for a review under section 41; or

Dans la réponse à la demande de révision de la décision du ministre présentée par M. Knox, le Commissaire à l'information a conclu que le refus de communication des documents était justifié par les motifs énumérés à l'article 15 mais que l'avis de refus adressé à M. Knox aurait dû mentionner les alinéas précis de l'article 15 sur lesquels on se fondait. Le Commissaire à l'information a obtenu de M. Knox l'autorisation de présenter un appel en son nom devant la Cour fédérale conformément à l'alinéa 42(1)a) de la Loi.

42. (1) Le Commissaire à l'information a qualité pour:

a) exercer lui-même, à l'issue de son enquête et dans les délais prévus à l'article 41, le recours en révision pour refus de communication totale ou partielle d'un document, avec le consentement de la personne qui avait demandé le document;

b) comparaître devant la Cour au nom de la personne qui a exercé un recours devant la Cour en vertu de l'article 41;

(c) with leave of the Court, appear as a party to any review applied for under section 41 or 44.

(2) Where the Information Commissioner makes an application under paragraph (1)(a) for a review of a refusal to disclose a record requested under this Act or a part thereof, the person who requested access to the record may appear as a party to the review. [Underlining added.]

Jurisdiction

Counsel for the respondent argues that in the circumstances of this case the Court has no jurisdiction to entertain the appeal sought because there is no substantive issue being appealed. That is, the Commissioner upheld the Minister's decision that access to the documents should not be granted and, therefore, it is argued, there is no lis between the parties.

It was noted that the Court's authority flowing from section 50 of the Act is described as follows:

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)(c) 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. [Underlining added.]

It is argued that in the present case since there is no dispute concerning the non-disclosure of the records in question, the Court has no authority to issue an order.

On the other hand, counsel for the applicant argues that subsection 37(5) describes the scope of review and that in the context of that section an applicant may apply to the Court for "a review of the matter investigated".

37. ...

(5) Where, following the investigation of a complaint relating to a refusal to give access to a record requested under this Act or a part thereof, the head of a government institution does not give notice to the Information Commissioner that access to the record will be given, the Information Commissioner shall inform the complainant that the complainant has the right to apply to the Court for a review of the matter investigated. [Underlining added.]

It is argued that the matter which was investigated in the present case comprised both the refusal to grant access to the documents and the adequacy of

c) comparaître, avec l'autorisation de la Cour, comme partie à une instance engagée en vertu des articles 41 ou 44.

(2) Dans le cas prévu à l'alinéa (1)a), la personne qui a demandé communication du document en cause peut comparaître comme partie à l'instance. [Je souligne.]

La compétence

L'avocat de l'intimé soutient que la Cour n'est pas compétente à entendre l'appel dans les circonstances de l'espèce parce qu'aucune question de fond n'est soulevée. Selon lui, le Commissaire a confirmé la décision du ministre selon laquelle la communication des documents ne devait pas être accordée et, en conséquence, il n'existe aucun litige entre les parties.

Il a été noté que le pouvoir conféré à la Cour aux termes de l'article 50 de la Loi se trouve décrit de la façon suivante:

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 souligne.]

L'on prétend que, en l'espèce, aucun litige n'étant soulevé concernant la non-communication des documents visés, la Cour n'est pas habilitée à prononcer une ordonnance.

Pour sa part, l'avocat du requérant soutient que le paragraphe 37(5) décrit la portée de la révision envisagée et que, dans le contexte de cet article, un requérant détient un «droit de recours en révision» devant la Cour en ce qui a trait à la question ayant fait l'objet de l'enquête.

37. ...

(5) Dans les cas où, l'enquête terminée, le responsable de l'institution fédérale concernée n'avise pas le Commissaire à l'information que communication du document ou de la partie en cause sera donnée au plaignant, le Commissaire à l'information informe celui-ci de l'existence d'un droit de recours en révision devant la Cour. [Je souligne.]

Il est soutenu que la question ayant fait l'objet de l'enquête en l'espèce concernait à la fois le refus de communication des documents et la régularité de

the refusal notice which had been sent to Mr. Knox. It is argued that an appeal with respect to the one issue only is properly before the Court; and, that section 50 specifically provides that the Court may order disclosure of records or "make such other order as the Court deems appropriate". It is argued that: the decision in *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of External Affairs)*, [1989] 1 F.C. 3 (T.D.) deals with a situation where this Court took jurisdiction when there was no lis between the parties; there is, in the present case, an important procedural issue involved which it is in the public interest to have determined; it is part of this Court's jurisdiction to determine issues relating to the process and procedure by which decisions made under the *Access to Information Act* are rendered.

I agree with the argument that the Court has jurisdiction in this case. I do not think that the literal wording of section 50, which sets out the Court's authority, precludes such jurisdiction. Indeed, technically the requirements of that section have been met: "the head of a government institution" has refused "to disclose a record requested" under the Act. Consequent upon a review of that refusal, the Court may "make such other order [i.e., other than ordering disclosure] as the Court deems appropriate". In addition, the Commissioner's authority under subsection 42(1) (page 4 *supra*) is to "apply to the Court . . . for a review of any refusal to disclose a record requested under this Act". That is what the Commissioner is doing in this case. A review of the content of the notice of refusal is, in my view, a review of the refusal. I do not think that an application which seeks only an assessment of the content of the notice falls outside the text of subsection 42(1) or of section 50.

Content of Notice of Refusal

I turn then to the merits of this application: is there a requirement that the relevant paragraphs of section 15 be identified in the refusal notice. Counsel for the applicant argues that such is required because the purpose of the Act (see sec-

l'avis de refus adressé à M. Knox. L'on soutient qu'une seule question se trouve régulièrement portée en appel devant la Cour, et l'on souligne que l'article 50 prévoit expressément que la Cour peut ordonner la communication de documents ou rendre «une autre ordonnance si elle l'estime indiqué». Il est prétendu que: la décision rendue dans l'arrêt *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre des Affaires extérieures)*, [1989] 1 C.F. 3 (1^{re} inst.) traite d'une situation dans laquelle cette Cour s'est reconnue compétente alors qu'il n'existait aucun litige entre les parties; en l'espèce, il se pose une importante question de procédure qui doit être tranchée dans l'intérêt public; il entre dans la compétence de cette Cour de trancher les questions ayant trait au processus et à la procédure selon lesquels sont rendues les décisions sous le régime de la *Loi sur l'accès à l'information*.

Je suis d'accord avec l'argument voulant que la Cour soit compétente dans la présente espèce. Je ne crois pas que le libellé même de l'article 50, qui énonce les pouvoirs de la Cour, empêche l'existence d'une telle compétence. En fait, techniquement, les exigences de cet article ont été satisfaites: le «responsable» d'une «institution fédérale» a refusé la «communication» d'un «document» demandée en vertu de la Loi. À la suite de sa révision de ce refus, la Cour peut rendre «une autre ordonnance [c.-à-d. prescrivant autre chose que la communication] si elle l'estime indiqué». De plus, le pouvoir conféré au Commissaire en vertu du paragraphe 42(1) (voir aux pages 4 et 5 des présents motifs) est celui d'«exercer lui-même» devant la Cour «le recours en révision pour refus de communication [...] d'un document» demandé sous le régime de la Loi. C'est ce que fait le Commissaire en l'espèce. Une révision du contenu de l'avis de refus constitue, à mon sens, une révision du refus lui-même. Je ne crois pas qu'une demande recherchant seulement l'évaluation du contenu de l'avis soit exclue par le libellé du paragraphe 42(1) ou de l'article 50.

Le contenu de l'avis de refus

Je traiterai maintenant du bien-fondé de la présente demande: les paragraphes pertinents de l'article 15 doivent-ils être précisés dans l'avis de refus? L'avocat du requérant soutient qu'une telle exigence existe parce que la Loi a pour objet (voir

tion 2) is to limit the non-disclosure of documents and information in precise and specific ways,¹ and a requirement to list the specific paragraphs ensures that the Minister's discretion (to refuse access) will be carefully and properly exercised. It is argued that the whole purpose of giving notice to a requester is to give him or her some assurance that the request has been carefully considered in accordance with the terms of the Act; and it may enable the requester, in some circumstances, to make more meaningful submissions to the Commissioner pursuant to subsection 35(2) (the complaint procedure). In addition, the applicant would like to "tie the Minister down". In *Davidson v. Canada (Solicitor General)*, [1989] 2 F.C. 341 (C.A.), it was held that the Privacy Commissioner was bound by the grounds originally stated in the notice of refusal. Thus, the applicant considers that as much specificity as possible should be provided in notices of refusal in order to "tie the Minister down" with respect to his reasons for refusing access.

It is not sought to have the specific paragraphs of section 15 identified when that identification would, itself, result in the harm described in section 15. Also, it is recognized that on some occasions section 15 may be relied upon without the documents in question falling into any of the descriptions set out in the illustrative paragraphs. In such a case, of course, no paragraph could be identified as being relied upon by the Minister. The applicant argues, however, that, when a paragraph can be identified as having been relied upon, the notice of refusal should contain that information.

The respondent's argument is based solely on the text of section 15. It is noted that, unlike other sections (e.g., sections 16, 18, 20, 21) of the Act, the paragraphs of section 15 do not set out discrete descriptions of information, access to which may be refused. The main grounds on which access

¹ See *Rubin v. Canada (Canada Mortgage and Housing Corp.)*, [1989] 1 F.C. 265 (C.A.).

l'article 2) d'attacher à la non-communication de documents et d'information des limites précises et particulières¹, et que l'exigence d'une énumération des alinéas visés assure un exercice attentif et régulier du pouvoir discrétionnaire du ministre (de refuser la communication). Il est soutenu que l'avis donné au requérant ou à la requérante a fondamentalement pour objet de lui fournir une certaine assurance que sa demande a été considérée de façon attentive, conformément aux dispositions prévues dans la Loi; et cet avis peut, dans certaines circonstances, permettre au requérant de présenter des observations plus significatives au Commissaire sous le régime du paragraphe 35(2) (la procédure de plainte). De plus, le requérant voudrait [TRADUCTION] «lier le ministre». Dans l'arrêt *Davidson c. Canada (Procureur général)*, [1989] 2 C.F. 341 (C.A.), il a été conclu que le Commissaire à la protection de la vie privée se trouvait lié par les motifs originalement énoncés dans l'avis de refus. En conséquence, selon le requérant, les avis de refus devraient énoncer les motifs du refus de communication le plus précisément possible pour que ceux-ci puissent [TRADUCTION] «lier le ministre».

L'on ne demande pas que les alinéas de l'article 15 soient précisés lorsque cette mention entraînerait par elle-même le préjudice décrit à l'article 15. De plus, il est reconnu que, dans certaines circonstances, l'article 15 peut être invoqué sans que les documents en question ne tombent sous le coup de l'une ou de l'autre des descriptions des alinéas énonçant des exemples. Dans un tel cas, évidemment, aucun alinéa ne pourrait être désigné comme constituant le fondement de la décision du ministre. Le requérant soutient toutefois que, lorsqu'un alinéa peut être donné comme fondement d'un refus, l'avis de refus devrait contenir ce renseignement.

L'argument de l'intimé se fonde uniquement sur le libellé de l'article 15. Il est noté que, contrairement à d'autres articles (par exemple, les articles 16, 18, 20, 21) de la Loi, les alinéas de l'article 15 ne donnent pas des descriptions distinctes des renseignements dont la communication peut être refusée. Les principaux motifs pour lesquels la communication peut être refusée en vertu de l'article 15 se

¹ Voir *Rubin c. Canada (Société canadienne d'hypothèques et de logement)*, [1989] 1 C.F. 265 (C.A.).

may be refused pursuant to section 15 are set out in the opening words of subsection 15(1):

15. (1) ... any record ... that contains information the disclosure of which could reasonably be expected to be injurious to the conduct of international affairs, the defence of Canada or any state allied or associated with Canada or the detection, prevention or suppression of subversive or hostile activities ... [Underlining added.]

The test is one of injury, or probable injury. The descriptive paragraphs which follow are illustrative only. They are a non-exhaustive description of the kinds of documents the disclosure of which might be found to be injurious to the specific interests listed. Therefore, it is argued that the requirement in subsection 10(1), that the notice shall contain reference to "the specific provision of this Act on which the refusal" is based, does not require a reference to the specific paragraphs of section 15.

The decision in *Vienneau v. Canada (Solicitor General)*, [1988] 3 F.C. 336 (T.D.) was referred to. It was recognized that the decision was peripherally relevant because it had been found, in that case, that the refusal notice contained sufficient specificity. The Associate Chief Justice in coming to his decision, however, stated at pages 342-343:

I do not find support in the legislation for the applicant's proposition [that the specific section numbers to which deletions from documents disclosed related should be written on the documents]. It is clear from the terms of ss. 7 and 10 that what is required from an institution which refuses access is a written notice to the requestor [sic] of all the provisions of the Act relied upon in refusing the request. The relevant section numbers are to be provided in the letter of notice. There is no indication that they must be linked to specific deletions and certainly nothing requiring that they be written directly on the released document.

I also fail to see how notice in this form will in any way prejudice the applicants' rights under the Act. Any refusal automatically triggers the right to complain and, ultimately, the right to seek judicial review of every aspect of the refusal. Those rights are not dependant on the provision of specific exemptions for each deletion in a severed record. The government institution is sufficiently "tied down" to a basis for the refusal by the list of sections provided in the section 7 notice.

That said, however, I should hasten to add that I find the practice of providing section numbers next to deletions, as many departments do, a highly commendable one. While not strictly required by the statute, such a practice appears to me entirely in keeping with the basic purpose of the *Access to Information Act*, which is to provide citizens with as much information about their government as possible. I would there-

trouvent énoncés par les termes introductifs du paragraphe 15(1):

15. (1) ... documents ... dont la divulgation risquerait vraisemblablement de porter préjudice à la conduite des affaires internationales, à la défense du Canada ou d'États alliés ou associés avec le Canada ou à la détection, à la prévention ou à la répression d'activités hostiles ou subversives ... [Je souligne.]

Le critère applicable est celui du préjudice, ou du préjudice probable. Les alinéas descriptifs qui suivent ne forment que des exemples. Ils décrivent de façon non exhaustive les genres de documents dont la divulgation pourrait être considérée comme portant préjudice aux intérêts précis qui se trouvent énumérés. En conséquence, est-il soutenu, l'exigence du paragraphe 10(1) que l'avis indique «la disposition précise de la présente loi sur laquelle se fonde le refus» ne commande pas la mention des dispositions précises de l'article 15.

L'on a fait référence à l'arrêt *Vienneau c. Canada (Solliciteur général)*, [1988] 3 C.F. 336 (1^{re} inst.). Il a été reconnu que cette décision était accessoirement pertinente parce que, dans cette affaire, les précisions de l'avis de refus avaient été jugées suffisantes. Le juge en chef adjoint, en parvenant à sa décision, a toutefois déclaré aux pages 342 et 343:

Je ne trouve aucun fondement dans la Loi à la thèse du requérant. Le libellé des articles 7 et 10 indique de façon non équivoque que l'obligation d'une institution qui refuse l'accès consiste dans l'envoi d'un avis écrit au demandeur, précisant toutes les dispositions de la Loi sur lesquelles le refus est fondé. Les numéros des articles pertinents doivent être fournis dans cet avis. Rien ne permet de conclure qu'ils doivent être reliés aux passages supprimés, et encore moins qu'ils doivent être écrits directement sur le document communiqué.

Je ne comprends pas davantage qu'un avis présenté sous cette forme puisse porter atteinte aux droits des requérants reconnus dans la Loi. Tout refus entraîne d'office le droit de porter plainte et, en définitive, celui de recourir à la révision judiciaire de chaque élément du refus. Ces droits ne dépendent pas de l'indication des dispositions traitant des exceptions précises qui se rapportent à chaque suppression effectuée dans un document. Pour se conformer à l'obligation qui lui est faite de justifier son refus, il suffit que l'institution fédérale fournisse la liste des articles dans l'avis prévu à l'article 7.

Cela dit, je m'empresse d'ajouter cependant que je considère comme fortement recommandable la pratique qui consiste à fournir les numéros des articles applicables en regard des suppressions, et qui a été adoptée par de nombreux ministères. Bien qu'elle ne soit pas expressément prévue par la loi, elle me semble parfaitement conforme au but visé par la *Loi sur l'accès à l'information*, qui consiste à fournir aux citoyens le plus de

fore urge that, where there is no danger of revealing the substance of protected information, government institutions should continue to provide the relevant section numbers for each deletion.

I do not interpret the requirements of subsection 10(1) as requiring identification in the notice of refusal of the specific category of document listed in the paragraphs of subsection 15(1). In my view, the term "specific provision of the Act" means that there must be a reference to the reason for refusal as those reasons are set out in the text of the Act. In the context of section 15 the reason for refusal is based on the probable injury which will occur, not on the specific type of document involved. As counsel argued, the paragraphs of the subsection are illustrative only.

At the same time, the type of notice given to a requester should not depend upon whether a particular section of the Act is narrowly or broadly drafted. Subsection 10(1) refers to "the specific provision" of the Act on which the refusal is based not to "the section" of the Act. In my view, the requirements of subsection 10(1) may be accomplished for the purposes of section 15 by identifying the type or types of injury which it is thought would probably occur. I do not think that reference to the specific descriptive paragraphs is required, although, as the Associate Chief Justice said in the *Vienneau* case, that practice may in many circumstances be a commendable one. In my view, what is required, in the context of section 15, is that the requester be given notice as to whether the reason for refusal is because a disclosure would be (1) injurious to the conduct of international affairs, or (2) injurious to the defence of Canada or any state allied or associated with Canada, or (3) injurious to the detection, prevention or suppression of subversive or hostile activities.

I am not convinced that the requester will suffer any prejudice as a result of not being told which specific paragraph is involved; the Information Commissioner has full access to this information in the context of an inquiry.

renseignements possibles sur leur gouvernement. Je recommanderais donc, pour les cas où la divulgation de renseignements protégés ne présente pas de danger quant à leur origine ou à leur contenu, que les institutions fédérales continuent à indiquer le numéro de l'article pertinent pour chaque suppression.

a

Je n'interprète pas les dispositions du paragraphe 10(1) comme exigeant la mention à l'avis de refus de celles des catégories particulières de documents énumérées dans les différents alinéas du paragraphe 15(1) qui se trouvent visées. À mon sens, l'expression «disposition précise de la présente loi» signifie qu'il doit y avoir mention des motifs de refus et que cette mention doit être faite en fonction de l'énumération figurant au texte de la Loi. Dans le contexte de l'article 15, le motif du refus est fondé sur le préjudice probable et non sur le type particulier du document visé. Comme l'a soutenu l'avocat de l'intimé, les alinéas du paragraphe 15(1) ne constituent que des exemples.

d

En même temps, le genre de l'avis donné à un requérant ne devrait pas dépendre de la question de savoir si un article particulier de la Loi est rédigé de façon étroite ou de façon large. Le paragraphe 10(1) mentionne «la disposition précise» de la Loi sur laquelle le refus est fondé; il ne parle pas de [TRADUCTION] «l'article» de la Loi. À mon sens, les exigences du paragraphe 10(1) peuvent être satisfaites aux fins de l'article 15 par la spécification du genre ou des genres de préjudices considérés comme probables. Je ne crois pas que la mention des alinéas descriptifs précis soit nécessaire, bien que, comme l'a dit le juge en chef adjoint dans l'arrêt *Vienneau*, cette pratique puisse, dans bien des circonstances, être une pratique recommandable. À mon sens, ce qui est exigé, dans le contexte de l'article 15, c'est que le requérant reçoive un avis lui disant si le motif du refus est que la divulgation aurait pour effet de (1) porter préjudice à la conduite des affaires internationales, ou de (2) porter préjudice à la défense du Canada ou d'États alliés ou associés avec le Canada, ou de (3) porter préjudice à la détection, à la prévention ou à la répression d'activités hostiles ou subversives.

i

Je ne suis pas convaincu que le requérant subira un préjudice parce qu'il n'a pas été informé du paragraphe précis qui est en cause; le Commissaire à l'information a pleinement accès à ce renseignement dans le contexte d'une enquête.

j

An order will issue in accordance with these reasons.

Une ordonnance conforme aux présents motifs sera prononcée.

A-132-89	Brent Bradasch (<i>Respondent</i>) (<i>Plaintiff</i>)	A-132-89	Brent Bradasch (<i>intimé</i>) (<i>demandeur</i>)
	v.		c.
	James Warren, John Berry, Gordon Geiger and Her Majesty the Queen (<i>Appellants</i>) (<i>Defendants</i>)	^a	James Warren, John Berry, Gordon Geiger et Sa Majesté la Reine (<i>appelants</i>) (<i>défendeurs</i>)
A-133-89	James Workman (<i>Respondent</i>) (<i>Plaintiff</i>)	A-133-89	^b James Workman (<i>intimé</i>) (<i>demandeur</i>)
	v.		c.
	James Warren, John Berry, Gordon Geiger and Her Majesty the Queen (<i>Appellants</i>) (<i>Defendants</i>)	c	James Warren, John Berry, Gordon Geiger et Sa Majesté la Reine (<i>appelants</i>) (<i>défendeurs</i>)
A-134-89	Glen Kane (<i>Respondent</i>) (<i>Plaintiff</i>)	A-134-89	Glen Kane (<i>intimé</i>) (<i>demandeur</i>)
	v.		^d c.
	James Warren, John Berry, Gordon Geiger and Her Majesty the Queen (<i>Appellants</i>) (<i>Defendants</i>)		James Warren, John Berry, Gordon Geiger et Sa Majesté la Reine (<i>appelants</i>) (<i>défendeurs</i>)
	<i>INDEXED AS: BRADASCH v. WARREN (C.A.)</i>		^e <i>RÉPERTORIÉ: BRADASCH c. WARREN (C.A.)</i>
	Court of Appeal, Pratte, Heald and Hugessen J.J.A.—Whitehorse, Yukon, April 26, 1990.		Cour d'appel, juges Pratte, Heald et Hugessen, J.C.A.—Whitehorse (Yukon), 26 avril 1990.
	<i>Federal Court jurisdiction — Trial Division — Crown — Torts — Action for assault and battery and wrongful imprisonment against members of RCMP — Appeal from Trial Division decision dismissing motion for leave to file conditional appearance and to strike out statement of claim for want of jurisdiction — Appeal dismissed — Motions Judge's conclusion correct but reasons wrong — Application of SCC decision in ITO v. Miida Electronics as to different requirements for jurisdiction — Statutory grant of jurisdiction in Federal Court Act, s. 17(5)(b) — However, Motions Judge erred in finding action founded on federal law on basis of Federal Court Act, Crown Liability Act and Royal Canadian Mounted Police Act — By virtue of Constitution Act, 1871 and Yukon Territory Act, all law in Yukon federal law — Therefore, Yukon tort law federal law made applicable here by operation of Yukon Act, law of Canada.</i>	^f	<i>Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Couronne — Responsabilité délictuelle — Action intentée contre des membres de la GRC pour voies de fait, actes de violence et emprisonnement illégal — Appel de la décision par laquelle la Section de première instance a rejeté la requête en autorisation de déposer un acte de comparution conditionnelle et en radiation de la déclaration pour défaut de compétence — Appel rejeté — La conclusion du juge des requêtes était fondée, mais il a fait erreur dans ses motifs — Application de l'arrêt rendu par la CSC dans ITO c. Miida Electronics quant aux diverses conditions de l'existence de la compétence — Attribution de compétence figurant à l'art. 17(5)b de la Loi sur la Cour fédérale — Toutefois, le juge des requêtes a eu tort de conclure que l'action reposait sur le droit fédéral en application de la Loi sur la Cour fédérale, de la Loi sur la responsabilité de l'État et de la Loi sur la Gendarmerie royale du Canada — En vertu de la Loi constitutionnelle de 1871 et de l'Acte du Territoire du Yukon, le droit du Yukon est dans son entier un droit fédéral — Ainsi donc, le droit de la responsabilité délictuelle du Yukon relève du droit fédéral, et ce droit s'applique en l'espèce par l'effet de la Loi sur le Yukon, une loi du Canada.</i>
	<i>Constitutional law — Distribution of powers — In dichotomy of federal system, all state authority federal or provincial — Only Parliament of Canada may make laws for any territory not included in a province — Parliament having exercised its legislative power in creating Yukon Territory from part of</i>	^g	<i>Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Couronne — Responsabilité délictuelle — Action intentée contre des membres de la GRC pour voies de fait, actes de violence et emprisonnement illégal — Appel de la décision par laquelle la Section de première instance a rejeté la requête en autorisation de déposer un acte de comparution conditionnelle et en radiation de la déclaration pour défaut de compétence — Appel rejeté — La conclusion du juge des requêtes était fondée, mais il a fait erreur dans ses motifs — Application de l'arrêt rendu par la CSC dans ITO c. Miida Electronics quant aux diverses conditions de l'existence de la compétence — Attribution de compétence figurant à l'art. 17(5)b de la Loi sur la Cour fédérale — Toutefois, le juge des requêtes a eu tort de conclure que l'action reposait sur le droit fédéral en application de la Loi sur la Cour fédérale, de la Loi sur la responsabilité de l'État et de la Loi sur la Gendarmerie royale du Canada — En vertu de la Loi constitutionnelle de 1871 et de l'Acte du Territoire du Yukon, le droit du Yukon est dans son entier un droit fédéral — Ainsi donc, le droit de la responsabilité délictuelle du Yukon relève du droit fédéral, et ce droit s'applique en l'espèce par l'effet de la Loi sur le Yukon, une loi du Canada.</i>
		^h	
		ⁱ	
		^j	

Northwest Territories — All law in Yukon is federal law — Powers conferred on Territorial Legislature only delegated by Parliament which has retained paramountcy.

son pouvoir législatif en créant le Territoire du Yukon qui faisait alors partie des Territoires du Nord-Ouest — Le droit du Yukon est dans son entier un droit fédéral — Les pouvoirs conférés à la législature territoriale ont seulement été délégués par le Parlement qui a retenu son emprise sur ces pouvoirs.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Constitution Act, 1871, 34-35 Vict., c. 28 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 5) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 11], s. 4.
Crown Liability Act, R.S.C., 1985, c. C-50, ss. 3(a), 10.
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 17(5)(b).
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 324.
Royal Canadian Mounted Police Act, R.S.C., 1985, c. R-10.
The Yukon Territory Act, 1898, 61 Vict., c. 6 (Can.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 19], s. 9.
Yukon Act, R.S.C., 1985, c. Y-2, s. 23(1).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics et al., [1986] 1 S.C.R. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241.

REFERRED TO:

Oag v. Canada, [1987] 2 F.C. 511; (1987), 33 C.C.C. (3d) 340; 73 N.R. 149 (C.A.).

COUNSEL:

Stan F. Benda for appellants (defendants).
Buffy B. Blakley for respondent (plaintiff).

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for appellants (defendants).
Cable, Veale, Morris & Kilpatrick, Whitehorse, Yukon, for respondent (plaintiff).

These are the reasons for judgment of the Court delivered orally in English by

HUGESSEN J.A.: This is an appeal from a decision of the Trial Division [(1989), 27 F.T.R. 70 (F.C.T.D.)] dismissing defendants' motion made under Rule 324 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663] for leave to file a conditional appearance and

LOIS ET RÈGLEMENTS

Acte du Territoire du Yukon, 1898, 61 Vict., chap. 6 (Can.) [L.R.C. (1985), Appendice II, n° 19], art. 9.
Loi constitutionnelle de 1871, 34-35 Vict., chap. 28 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 5) [L.R.C. (1985), Appendice II, n° 11], art. 4.
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 17(5)b).
Loi sur la Gendarmerie royale du Canada, L.R.C. (1985), chap. R-10.
Loi sur la responsabilité de l'État, L.R.C. (1985), chap. C-50, art. 3a), 10.
Loi sur le Yukon, L.R.C. (1985), chap. Y-2, art. 23(1).
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 324.

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

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.

DÉCISION CITÉE:

Oag c. Canada, [1987] 2 C.F. 511; (1987), 33 C.C.C. (3d) 340; 73 N.R. 149 (C.A.).

AVOCATS:

Stan F. Benda pour les appelants (défendeurs).
Buffy B. Blakley pour l'intimé (demandeur).

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour les appelants (défendeurs).
Cable, Veale, Morris & Kilpatrick, Whitehorse (Yukon), pour l'intimé (demandeur).

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

LE JUGE HUGESSEN, J.C.A.: Il s'agit d'un appel formé contre la décision par laquelle la Section de première instance [(1989), 27 F.T.R. 70 (C.F. 1^{re} inst.)] a rejeté la requête introduite par les défendeurs en vertu de la Règle 324 [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663] et visant à obtenir l'autorisation de déposer un acte de comparution

to strike out the statement of claim on the grounds of want of jurisdiction.

The individual defendants were at the relevant time members of the Royal Canadian Mounted Police. The plaintiffs have sued them and the Crown for the alleged torts of "assault and battery" and "wrongful imprisonment".

We are all of the view that the reasons given by the Motions Judge cannot be supported. He confused the different requirements for this Court's jurisdiction as set out in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics et al.*¹

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*.

There can be little dispute here as to the existence of the first condition and the statutory grant of jurisdiction in paragraph 17(5)(b) of the *Federal Court Act*² is unambiguous. The Motions Judge, however, seems to rely on it, as quoted in a passage from this Court's judgment in *Oag v. Canada*,³ as well as on paragraph 3(a) and section 10 of the *Crown Liability Act*,⁴ as support for the proposition that the plaintiff's action is founded in federal law. This is clearly error and it is enough to read the cited texts to see that they cannot be the substantive foundation of any right of action against a Crown servant.

¹ [1986] 1 S.C.R. 752, at p. 766.

² R.S.C., 1985, c. F-7:

17. ...

(5) The Trial Division has concurrent original jurisdiction

(b) in proceedings in which relief is sought against any person for anything done or omitted to be done in the performance of his duties as an officer or servant of the Crown.

³ [1987] 2 F.C. 511.

⁴ R.S.C., 1985, c. C-50.

(Continued on next page)

conditionnelle pour faire radier la déclaration pour défaut de compétence.

Les défendeurs particuliers étaient à l'époque en cause membres de la Gendarmerie royale du Canada. Les demandeurs ont poursuivi ces défendeurs et la Couronne pour les délits allégués, savoir des «voies de fait et actes de violence» et un «emprisonnement illégal».

Nous sommes tous d'avis que les motifs prononcés par le juge des requêtes ne sauraient être confirmés. Il a confondu les différentes conditions requises pour la compétence de cette cour énoncées dans l'arrêt *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*¹:

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*.

Personne ne saurait contester que la première condition est remplie, et l'attribution de compétence figurant à l'alinéa 17(5)(b) de la *Loi sur la Cour fédérale*² est sans équivoque. Toutefois, le juge des requêtes semble s'appuyer sur cet alinéa, ainsi qu'il est cité dans un extrait de l'arrêt rendu par cette Cour dans l'affaire *Oag c. Canada*³, et sur l'alinéa 3a) et l'article 10 de la *Loi sur la responsabilité de l'État*⁴, pour étayer l'idée que l'action du demandeur repose sur une règle de droit fédérale. Il s'agit manifestement d'une erreur, et il suffit de prendre connaissance des textes cités pour se rendre compte qu'ils ne sauraient être le fondement d'un droit d'action contre un préposé de la Couronne.

¹ [1986] 1 R.C.S. 752, à la p. 766.

² L.R.C. (1985), chap. F-7:

17. ...

(5) La Section de première instance a compétence concurrente, en première instance, dans les actions en réparations intentées:

b) contre un fonctionnaire ou préposée de la Couronne pour des faits—actes ou omissions—survenus dans le cadre de ses fonctions.

³ [1987] 2 C.F. 511.

⁴ L.R.C. (1985), chap. C-50.

(Suite à la page suivante)

Somewhat closer to the mark, but still wrong, was the Motions Judge's reliance on the *Royal Canadian Mounted Police Act*.⁵ He said [at page 72]:

It seems that the individual defendants could hardly have committed the specified alleged torts if they had not been invested with the authority, duties and powers conferred upon them each as "a member of the Force" pursuant to the **Royal Canadian Mounted Police Act**, an authentic law of Canada.

The "authority, duties and powers" conferred on the individual defendants by federal law may conceivably form the basis of a defence by one or more of them to the action against them, but the cause of action itself does not in any way depend upon the *Royal Canadian Mounted Police Act*.

That said, however, we are also of the view that the conclusion reached by the Motions Judge was correct, but for very different reasons.

The plaintiffs' action sounds in tort. The alleged tort was committed in the Yukon. In the dichotomy of a federal system, in which all state authority must ultimately be either federal or provincial, all law in the Yukon is federal law. In constitutional terms, only the Parliament of Canada may make laws for

4. . . . the administration, peace, order and good government of any territory not for the time being included in any Province.

(See section 4 of the *Constitution Act, 1871* [34 – 35 Vict., c. 28 (U.K.)] (as am. by *Canada Act, 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Consti-*

(Continued from previous page)

3. The Crown is liable in tort for the damages for which, if it were a private person or full age and capacity, it would be liable

(a) in respect of a tort committed by a servant of the Crown.

10. No proceedings lie against the Crown by virtue of paragraph 3(a) in respect of any act or omission of a servant of the Crown unless the act or omission would apart from the provisions of this Act have given rise to a cause of action in tort against that servant or the servant's personal representative.

⁵ R.S.C., 1985, c. R-10.

Le recours, par le juge des requêtes, à la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*⁵ était un peu plus justifiable mais toujours erroné en l'espèce. Il s'est prononcé en ces termes [à la page 72]:

a Les défendeurs n'auraient vraisemblablement pas pu commettre les délits qui leur sont reprochés s'ils n'avaient pas été investis des obligations et pouvoirs qui leur sont conférés comme «membres de la Gendarmerie» conformément à la **Loi sur la Gendarmerie royale du Canada**, loi authentique du Canada.

b Il se peut bien que les «obligations et pouvoirs» que les défendeurs particuliers tiennent d'une loi fédérale forment le fondement d'un moyen invoqué par l'un ou plusieurs d'entre eux pour se défendre à l'action intentée à leur encontre, mais la cause d'action elle-même ne dépend nullement de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*.

c Cela étant dit, toutefois, nous estimons également que la conclusion tirée par le juge des requêtes était fondée, mais pour des raisons très différentes.

d Dans leur action, les demandeurs concluent à la responsabilité délictuelle. Le délit allégué a été commis au Yukon. Dans la dichotomie d'un système fédéral, dans lequel toute autorité d'État doit être en dernière analyse soit fédérale soit provinciale, le droit du Yukon est dans son entier un droit fédéral. En termes constitutionnels, seul le Parlement du Canada peut prendre des mesures législatives relatives à

4. . . . l'administration des territoires non compris dans les provinces existantes, à la paix et à l'ordre dans leurs limites ainsi qu'à leur bon gouvernement.

e (Voir l'article 4 de la *Loi constitutionnelle de 1871* [34 – 35 Vict., chap. 28 (R.-U.)] (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.),

(Suite de la page précédente)

3. En matière de responsabilité civile délictuelle, l'État est assimilé à une personne physique, majeure et capable, pour

a) les délits civils commis par ses préposés.

10. L'État ne peut être poursuivi, sur le fondement de l'alinéa 3a), pour les actes ou omissions de ses préposés que lorsqu'il y a lieu en l'occurrence, compte non tenu de la présente loi, à une action en responsabilité civile délictuelle contre leur auteur ou ses représentants.

⁵ L.R.C. (1985), chap. R-10.

tution Act 1982, Item 5) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 11]).

Parliament has exercised its legislative power. When the Yukon Territory was created from a part of the Northwest Territories, it was done by *The Yukon Territory Act*, 1898,⁶ a federal statute. That Act provided for legislative and executive power in the territory and created a superior court for the administration of justice therein. Section 9 of the Act provided:

9. Subject to the provisions of this Act, the laws relating to civil and criminal matters and the ordinances as the same exist in the Northwest Territories at the time of the passing of this Act, shall be and remain in force in the said Yukon Territory in so far as the same are applicable thereto until amended or repealed by the Parliament of Canada or by any ordinance of the Governor in council or the Commissioner in Council made under the provisions of this Act.

Similar provisions have been carried over into successive statute revisions and subsection 23(1) of the *Yukon Act*⁷ today provides:

23.(1) Subject to this Act, the laws relating to civil and criminal matters and the ordinances in force in the Northwest Territories on June 13, 1898 are and remain in force in the Territory, in so far as they are applicable thereto, and in so far as they have not been or are not hereafter repealed, abolished or altered by Parliament or by any ordinance.

Thus the law of tort in the Yukon is, in constitutional terms, federal law and that law is made applicable here by the operation of the *Yukon Act*, a law of Canada.⁸ The second and third conditions laid down in *ITO—International Terminal Operators*, *supra*, have been met.

The appeals will be dismissed with costs.

annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 5) [L.R.C. (1985), Appendice II, n° 11]).

Le Parlement a exercé son pouvoir législatif. C'est l'*Acte du Territoire du Yukon* de 1898⁶, une loi fédérale, qui a créé le Territoire du Yukon qui faisait alors partie des Territoires du Nord-Ouest. Cette loi prévoyait un pouvoir législatif et exécutif pour le territoire et a créé une cour supérieure pour l'administration de la justice dans ce dernier. Son article 9 portait:

9. Sous réserve des dispositions du présent acte, les lois relatives aux matières civiles et criminelles et les ordonnances, telles qu'elles seront dans les Territoires du Nord-Ouest au jour de la sanction de cet acte, continueront de s'exécuter dans le Territoire du Yukon, en tant qu'elles auront leur application jusqu'à ce qu'elles aient été modifiées ou abrogées par le Parlement du Canada, ou par quelque ordonnance du Gouverneur en conseil ou du commissaire en conseil, faite sous l'autorité du présent acte.

Des dispositions semblables ont été reprises dans des révisions législatives successives, et le paragraphe 23(1) de la *Loi sur le Yukon*⁷ est ainsi rédigé:

23.(1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, les règles de droit en vigueur dans les Territoires du Nord-Ouest au 13 juin 1898 en matière pénale et civile le demeurent dans le territoire, dans la mesure où elles peuvent s'y appliquer et n'ont pas été par la suite abrogées ou modifiées par une loi fédérale ou par une ordonnance.

Ainsi donc, le droit de la responsabilité délictuelle dans le Yukon relève, en termes constitutionnels, du droit fédéral, et ce droit s'applique en l'espèce par l'effet de la *Loi sur le Yukon*, une loi du Canada⁸. Les deuxième et troisième conditions posées dans l'arrêt *ITO—International Terminal Operators* précité ont été remplies.

Les appels seront rejetés avec dépens.

⁶ 61 Vict., c. 6 (Can.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 19].

⁷ R.S.C., 1985, c. Y-2.

⁸ We are, of course, aware that the *de facto* status of the Yukon is rapidly evolving and that institutions of democratic government are now in place here which make the Territory very closely resemble a province. The fact remains, though, that, however extensive may be the powers conferred on the Territorial Legislature, they are, in law, powers which have to date only been delegated by Parliament; Parliament has not finally divested itself of them and has specifically retained its paramountcy over them.

⁶ 61 Vict., chap. 6 (Can.) [L.R.C. (1985), Appendice II, n° 19].

⁷ L.R.C. (1985), chap. Y-2.

⁸ Bien entendu, nous savons que le statut *de facto* du Yukon connaît une évolution rapide, et que les institutions d'un gouvernement démocratique qui y sont en place font que le Territoire ressemble beaucoup à une province. Il demeure, toutefois, que, quelle que soit l'étendue des pouvoirs conférés à la législature territoriale, ils sont, sur le plan juridique, des pouvoirs qui ont jusqu'à maintenant seulement été délégués par le Parlement; celui-ci ne s'en est pas départi et a expressément retenu son emprise sur ces pouvoirs.

A-1188-88

A-1188-88

Ajaib Singh (Appellant)(Applicant)**Ajaib Singh (appelant) (requérant)**

v.

c.

Minister of Employment and Immigration (Respondent)**a****Ministre de l'Emploi et de l'Immigration (intimé)**

A-259-89

A-259-89

Gurbax Singh Brar (Appellant)(Applicant)**b Gurbax Singh Brar (appelant) (requérant)**

v.

c.

Minister of Employment and Immigration (Respondent)**c****Ministre de l'Emploi et de l'Immigration (intimé)****INDEXED AS: SINGH v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (C.A.)****RÉPERTORIÉ: SINGH c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (C.A.)****Court of Appeal, Hugessen, MacGuigan and Desjardins J.J.A.—Ottawa, May 10 and June 5, 1990.****d Cour d'appel, juges Hugessen, MacGuigan et Desjardins, J.C.A.—Ottawa, 10 mai et 5 juin 1990.**

Immigration — Appellants seeking to sponsor as permanent residents sons by adoption under Indian legislation — Appeal from Immigration Appeal Board's decision no valid adoption — Neither visa officers nor Board considering rebuttable presumption of valid adoption created by Hindu Adoptions and Maintenance Act, 1956, s. 16 upon production of registered record of adoption — Indian adoption deeds not making sponsorees adopted sons for purposes of Canadian immigration law unless adoption taking place prior to thirteenth birthdays as required by Immigration Regulations, 1978, definition of "son" — Visa officers and Board free to examine all evidence and conclude no proper adoption occurred — Determination of whether Hindu Adoptions and Maintenance Act, 1956 complied with only part of responsibility given to visa officer and Board.

Immigration — Les appelants ont voulu parrainer la demande d'admission au Canada à titre de résidents permanents de deux garçons qu'ils avaient adoptés sous le régime de la loi indienne — Appel formé contre la décision de la Commission d'appel de l'immigration qui a déclaré les adoptions invalides — Ni les agents des visas ni la Commission n'ont tenu compte de la présomption de nature réfragable qui découle de l'art. 16 de la Hindu Adoptions and Maintenance Act, 1956 et qui rend valide l'adoption à l'égard de laquelle on produit un document enregistré d'adoption — Les actes d'adoption indiens ne confèrent aux personnes que désiraient parrainer les appelants le statut de fils adoptés que si les adoptions ont eu lieu avant le treizième anniversaire de naissance des enfants, comme le prévoit la définition de «fils» du Règlement sur l'immigration de 1978 — Les agents des visas et la Commission pouvaient examiner tous les éléments de preuve et conclure qu'il n'y avait pas eu d'adoption en bonne et due forme — La question de savoir si les dispositions de la Hindu Adoptions and Maintenance Act, 1956 ont été respectées n'est qu'un aspect du pouvoir conféré à l'agent des visas et à la Commission.

Conflict of laws — Appellants seeking to sponsor as permanent residents sons by adoption under Indian legislation — Deeds of adoption dated substantially after ceremonies of giving and taking required under Indian law — Immigration Appeal Board finding no valid adoption without considering rebuttable presumption of valid adoption created by Hindu Adoptions and Maintenance Act, 1956, s. 16 upon production of registered record of adoption — Reference to texts on conflict of laws — Although question of extent to which rebuttable presumptions created by foreign law applicable in Canadian courts raised, unnecessary to decide whether presumption procedural or substantive — S. 16 not giving presumptive validity to recitals in deed of adoption — Case turns not on application of general rules of private international law, but on specific rules of Canadian statutory interpretation — Presumptions imposed by Indian law relevant to status of

Conflit de lois — Les appelants ont voulu parrainer la demande d'admission au Canada à titre de résidents permanents de deux garçons qu'ils avaient adoptés sous le régime de la loi indienne — Les actes d'adoption ont été faits longtemps après que la cérémonie de remise à l'adoptant prévue par la loi indienne a eu lieu — La Commission d'appel de l'immigration a conclu que les adoptions étaient invalides et n'a pas tenu compte de la présomption de nature réfragable qui découle de l'art. 16 de la Hindu Adoptions and Maintenance Act, 1956 et qui rend valide l'adoption à l'égard de laquelle on produit un document enregistré d'adoption — Citation de textes sur les conflits de lois — Bien qu'on ait soulevé la question de savoir dans quelle mesure des présomptions réfragables créées par la loi étrangère applicable doivent être appliquées par les tribunaux canadiens, il n'est pas nécessaire de décider si la présomption relève du droit substantiel ou de la procédure — La

adoptees in India of no assistance in determining qualification as "adopted son" under Canadian immigration law.

Construction of statutes — Immigration Regulations, 1978, "son", "adopted" — Definition of "son" including male adopted before thirteenth birthday — "Adopted" meaning adopted in accordance with laws of any province or country — Immigration Appeal Board to determine whether prior to thirteenth birthday adoption "in accordance with laws of" India by applying Canadian rules of statutory interpretation, not conflict of laws principles.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2.
Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 2(1) (as am. by SOR/85-225, s. 1).
The Hindu Adoptions and Maintenance Act, 1956, ss. 11 (vi), 16.

AUTHORS CITED

Castel, J.-G. *Canadian Conflict of Laws*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1986.
 Cheshire and North *Private International Law*, 11th ed. by P.M. North and J.J. Fawcett, London: Butterworths, 1987.
 McLeod, James G. *The Conflict of Laws*, Calgary, Alberta: Carswell Legal Publications, 1983.

COUNSEL:

David Matas for appellants (applicants).
Gerald L. Chartier for respondent.

SOLICITORS:

David Matas, Winnipeg, for appellants (applicants).
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

HUGESSEN J.A.: These two appeals raise the same question of law although the facts underlying them are, of course, different in a number of respects.

présomption qui découle de l'art. 16 ne rend pas valide le contenu des actes d'adoption — Le litige ne porte pas sur l'application des règles générales de droit international privé, mais sur l'application des règles plus spécifiques d'interprétation des lois canadiennes — Les présomptions que la loi indienne impose aux tribunaux indiens, qui pourraient être pertinentes pour déterminer le statut des enfants adoptés en Inde, ne sont d'aucune utilité pour établir s'ils sont des «fils adoptés» au sens de la loi canadienne sur l'immigration.

Interprétation des lois — Sens des mots «fils» et «adopté» du Règlement sur l'immigration de 1978 — La définition du mot «fils» comprend le garçon adopté avant l'âge de treize ans — Le mot «adopté» signifie adopté conformément aux lois de toute province ou de tout pays — La Commission d'appel de l'immigration devait déterminer s'il y avait eu, avant le treizième anniversaire de naissance des enfants, des adoptions «en conformité des lois» de l'Inde en se fondant sur les règles d'interprétation des lois canadiennes, pas sur les principes de conflit de lois.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), chap. I-2.
Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 2(1) (mod. par DORS/85-225, art. 1).
The Hindu Adoptions and Maintenance Act, 1956, art. 11(vi), 16.

DOCTRINE

Castel, J.-G. *Canadian Conflict of Laws*, 2^e éd., Toronto: Butterworths, 1986.
 Cheshire and North *Private International Law*, 11^e éd. par P.M. North et J.J. Fawcett, London: Butterworths, 1987.
 McLeod, James G. *The Conflict of Laws*, Calgary, Alberta: Carswell Legal Publications, 1983.

AVOCATS:

David Matas pour les appelants (requérants).
Gerald L. Chartier pour l'intimé.

PROCUREURS:

David Matas, Winnipeg, pour les appelants (requérants).
Le sous-procureur général du Canada, pour l'intimé.

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

LE JUGE HUGESSEN, J.C.A.: Ces deux appels soulèvent la même question de droit, bien que les faits propres à chacun d'eux diffèrent à bien des égards.

In each case, the appellant has sought to sponsor, for admission to Canada as a permanent resident, a person whom each appellant claims as his son by virtue of adoption in India under the provisions of the applicable Indian legislation, *The Hindu Adoptions and Maintenance Act, 1956*. In each case the enquiry conducted in India by a visa officer led the latter and, in due course, the Immigration Appeal Board to the conclusion that no valid adoption had taken place at the time alleged. In each case there was a registered deed of adoption produced, bearing a date substantially after the time of the alleged adoption.

In Court file A-1188-88, Ajaib Singh, the adoption deed purports to have been executed August 25, 1983, and registered the same day. It recites an adoption and a ceremony of giving and taking "about 10/12 years ago".

In Court file A-259-89, Gurbax Singh Brar, the purported adoption deed is dated January 31, 1984, and registered the following day, February 1, 1984. It does not indicate the date of the adoption but the appellant admitted that there had been no ceremony of giving and taking in 1984 and took the position that the actual adoption and ceremony had taken place more than five years previously, in October 1978.

The importance of the giving and taking ceremony flows from paragraph 11(vi) of *The Hindu Adoptions and Maintenance Act, 1956*:

11. In every adoption, the following conditions must be complied with:

(vi) the child to be adopted must be actually given and taken in adoption by the parents or guardian concerned or under their authority with intent to transfer the child from the family of its birth [or in the case of an abandoned child or a child whose parentage is not known, from the place or family where it has been brought up] to the family of its adoption; [References omitted.]

The narrow point of law to be decided in these appeals arises from the fact that in neither case does the visa officer, in first instance, or the Immigration Appeal Board, sitting in appeal of the original decision, appear to have given any consideration to the rebuttable presumption created by the provisions of section 16 of *The Hindu Adoptions and Maintenance Act, 1956*:

Dans chaque cas, l'appellant voulait parrainer la demande d'admission au Canada comme résident permanent d'une personne qu'il prétendait être son fils par suite d'une adoption en Inde en conformité des dispositions de la loi indienne applicable, soit *The Hindu Adoptions and Maintenance Act, 1956*. Dans chaque cas, l'enquête menée en Inde par un agent des visas a amené ce dernier, puis la Commission d'appel de l'immigration, à conclure qu'il n'y avait pas eu d'adoption valide à l'époque en question. Dans chaque cas, les appelants ont produit un acte d'adoption enregistré dont la date était passablement postérieure à la date à laquelle l'adoption aurait eu lieu.

En ce qui concerne le dossier A-1188-88 (Ajaib Singh), l'acte d'adoption aurait été fait le 25 août 1983 et enregistré le même jour. Il fait état d'une adoption et d'une cérémonie de remise à l'adoptant qui se seraient déroulées il y a une dizaine d'années.

En ce qui concerne le dossier A-259-89 (Gurbax Singh Brar), l'acte d'adoption aurait été fait le 31 janvier 1984 et enregistré le lendemain, soit le 1^{er} février 1984. La date de l'adoption n'est pas précisée, mais l'appelant a reconnu qu'il n'y avait pas eu de cérémonie de remise à l'adoptant en 1984. Il a soutenu que l'adoption comme telle et la cérémonie avaient eu lieu plus de cinq ans auparavant, soit en octobre 1978.

L'importance de la cérémonie de remise à l'adoptant ressort de l'alinéa 11(vi) de *The Hindu Adoptions and Maintenance Act, 1956*:

[TRADUCTION] **11.** L'adoption doit répondre aux conditions suivantes:

(vi) l'enfant destiné à l'adoption doit être physiquement remis à l'adoptant par les parents ou le tuteur concernés, ou avec leur autorisation, afin de concrétiser l'intention de transférer l'enfant de la famille dans laquelle il est né [ou, dans le cas d'un enfant abandonné ou né de parents inconnus, de l'endroit ou de la famille dans laquelle il a été élevé] à la famille qui l'adopte; [Références omises.]

La question de droit précise soulevée dans ces deux appels découle du fait que ni l'agent des visas, dans un premier temps, ni la Commission d'appel de l'immigration, qui a siégé comme tribunal d'appel de la décision initiale, ne semblent avoir tenu compte de la présomption de nature réfragable qui découle de l'article 16 de *The Hindu Adoptions and Maintenance Act, 1956*:

16. Whenever any document registered under any law for the time being in force is produced before any court purporting to record an adoption made and is signed by the person giving and the person taking the child in adoption, the court shall presume that the adoption has been made in compliance with the provisions of this Act unless and until it is disproved.

At first blush the issue thus raised appears to open the much vexed question in private international law of the extent to which rebuttable presumptions created by the applicable foreign law are to be applied in the Court of the forum. Adoption, being a question of status, is, as a general rule, governed by the law of the place where the adoption is alleged to have taken place. Is the Immigration Appeal Board, a Canadian court, bound to apply the provisions of section 16 in determining whether or not there has been an adoption in India?

I have indicated that the question is a vexed one. To make the point, it is enough to give quotations from three of the leading authors.

Castel¹ puts the matter most succinctly:

Irrebuttable presumptions of law, such as a presumption of survivorship, are matters of substance for the *lex causae*. It is uncertain whether rebuttable presumptions of law, such as the presumption of marriage, are matters of substance, and so governed by the *lex causae*, or matters of procedure, and so governed by the *lex fori*. [References omitted.]

Cheshire and North² outline the problem somewhat more fully but no more conclusively:

A controversial question is whether presumptions and burden of proof are matters that affect procedure or substance. The classification of presumptions will depend on their nature and effect. Presumptions of fact pose no problem for they raise no legal issue. Presumptions of law may be either irrebuttable or rebuttable. The former would appear to be substantive in effect, but it is not clear how rebuttable presumptions should be classified. It has been suggested that those which apply to a restricted class of case should be treated as substantive, but that it is uncertain how presumptions of general application, such as the presumptions of death, marriage or legitimacy, should be classified. There is authority for treating the presumption as to the validity of a marriage as substantive so that a marriage may be upheld under the presumption of the foreign governing law. But if the English law presumption favoured the validity of the marriage whilst the foreign one did not, it is tempting to conclude that the public policy of the forum in favour of validity would prevail. [References omitted.]

¹ *Canadian Conflict of Laws*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1986, at pp. 121 and 122.

² *Cheshire and North Private International Law*, 11th ed., London: Butterworths, 1987, at pp. 84 and 85.

[TRADUCTION] 16. En l'absence de toute preuve contraire, tout tribunal doit présumer conforme à la présente loi l'adoption à l'égard de laquelle on produit un document enregistré aux termes d'une loi en vigueur et ayant pour objet de consigner ladite adoption accompagnée de remise à l'adoptant.

À première vue, le litige semble soulever la question très controversée en droit international privé de savoir dans quelle mesure des présomptions réfragables créées par la loi étrangère applicable doivent être appliquées par le tribunal saisi du litige. Comme l'adoption est une question d'état, elle est, en règle générale, régie par la loi du lieu où l'on prétend que l'adoption a été faite. La Commission d'appel de l'immigration, qui est un tribunal canadien, est-elle tenue d'appliquer l'article 16 au moment de décider si une adoption a ou n'a pas eu lieu en Inde?

J'ai mentionné qu'il s'agit d'une question controversée. À titre d'illustration, je me contenterai de citer trois éminents auteurs d'ouvrages de doctrine:

Castel¹ expose la question très succinctement:

[TRADUCTION] Les présomptions légales irréfragables, comme la présomption de survivance, sont des questions de droit substantiel pour la loi applicable au fond du litige. Toutefois, on ne sait pas si les présomptions légales réfragables, comme la présomption de mariage, sont des questions de droit substantiel, régies par la loi applicable au fond du litige, ou des questions de procédure, régies par la loi du tribunal saisi du litige. [Références omises.]

Cheshire et North² en traitent un peu plus longuement, mais ne sont pas plus catégoriques:

[TRADUCTION] La question de savoir si les présomptions et le fardeau de preuve relèvent de la procédure ou du droit substantiel est controversée. La classification des présomptions dépend de leur nature et de leur effet. Les présomptions de fait ne posent pas de problème parce qu'elles ne soulèvent aucune question de droit. Les présomptions légales peuvent quant à elles être de nature irréfragable ou réfragable. Il semble que les premières relèveraient du droit substantiel à cause de leur effet, mais la classification des secondes n'est pas claire. Il a été proposé de considérer comme relevant du droit substantiel celles qui s'appliquent dans un nombre limité de cas, mais pour ce qui est des présomptions d'application générale comme les présomptions de décès, de mariage ou de légitimité, on ne sait pas exactement dans quelle catégorie les ranger. D'aucuns affirmer qu'il faut considérer la présomption relative à la validité d'un mariage comme une question de droit substantiel, de façon que le mariage soit jugé valide en vertu de la présomption de la loi étrangère applicable. Toutefois, si la validité du

¹ *Canadian Conflict of Laws*, 2^e éd., Toronto: Butterworths, 1986, aux p. 121 et 122.

² *Cheshire and North Private International Law*, 11^e éd., London: Butterworths, 1987, aux p. 84 et 85.

Finally, McLeod³ puts the matter thus:

The presumptions of advancement resulting trust, validity of marriage, legitimacy, and death, are all presumptions utilized to prove facts which may lead to a conclusion of law. The effect of these presumptions, often called rebuttable presumptions of law, is that upon the proof of basic facts, for example, a conveyance from husband to wife, the court must find the presumed fact, for example, the husband intended to convey the property to the wife, unless the contrary is proven. Dicey and Morris suggest a further breakdown of such presumptions into those which only apply "in certain contexts and those which apply in all types of case." It is difficult to see the reason for this breakdown since all of the presumptions have the same purpose or function, i.e., to force a conclusion of fact in the absence of proof to the contrary. Further, it is difficult to see how the learned authors have determined which presumptions belong in which category. All of these rebuttable presumptions of law are merely devices to assist the court in reaching conclusions on which legal rights can be determined, i.e., was there a valid marriage, was the child legitimate, what was the testator's intention. As such, they bear a similarity to simple presumptions of fact. Each of the presumptions deals not with the creating or extinguishing of a right, but with the manner of proving entitlement to the right. On the other hand, irrebuttable presumptions of law determine the existence of a right because the legal conclusion must follow from the application of the presumption. In the case of irrebuttable presumptions of law there can be no "proof to the contrary".

The issue is further clouded by the right/remedy distinction. Some rebuttable presumptions of law are seen to be so closely connected to the existence of substantive rights as to be characterized as matters of substantive law. No consensus can be found for the characterization of such presumptions.

Where rebuttable presumptions of law are necessary to enable the court to arrive at the facts on which the legal issue can be determined or the connecting factor interpreted and applied, or to establish jurisdiction, the presumptions should be regarded as procedural. Practically, in such cases, the conflict of laws analysis of the forum has indicated no other system of law to which reference may be had. It is only through the determination of the legal issue, the assumption of jurisdiction, and the interpretation of the connecting factor that the *lex causae* is determined. In these cases, whether the presumption relates to the right or the remedy, it must be classified as procedural.

³ *The Conflict of Laws*, Calgary, Alberta: Carswell Legal Publications, 1983, at p. 218.

mariage était confirmée par la présomption de la loi anglaise mais pas par la présomption de la loi étrangère, il serait alors tentant de faire intervenir la notion d'ordre public du for pour reconnaître la validité de ce mariage. [Références omises.]

a Finalement, McLeod³ expose la question de la façon suivante:

Les présomptions de fiducie résultant d'un héritage, de validité d'un mariage, de légitimité et de décès sont toutes des présomptions utilisées pour établir des faits au moyen desquels on peut induire une conclusion de droit. L'effet de ces présomptions, qui sont souvent appelées présomptions légales réfragables, est le suivant: une fois que les faits connus ont été établis, par exemple la cession d'un bien entre un mari et sa femme, le tribunal doit conclure à l'existence du fait présumé, c'est-à-dire l'intention du mari de céder le bien à sa femme, en l'absence de toute preuve contraire. Dicey et Morris proposent de créer une nouvelle catégorie qui distinguerait les présomptions qui s'appliquent seulement [TRADUCTION] «dans certaines circonstances de celles qui s'appliquent dans tous les types de situations». Il est difficile de saisir le pourquoi de cette distinction puisque toutes les présomptions ont le même objectif ou la même fonction, c'est-à-dire obliger le tribunal à conclure à l'existence d'un fait en l'absence de toute preuve contraire. En outre, on comprend mal comment les éminents auteurs ont fait pour classer les présomptions dans telle ou telle catégorie. Toutes les présomptions légales réfragables ne sont que des outils dont dispose le tribunal pour tirer des conclusions qui serviront à établir des droits reconnus par la loi, par exemple le mariage était-il valide, l'enfant était-il légitime, quelle était l'intention du testateur? Comme telles, elles ressemblent à de simples présomptions de fait. Elles régissent non pas la création ou l'extinction d'un droit, mais la façon de prouver le droit revendiqué. En revanche, les présomptions légales irréfragables établissent l'existence d'un droit parce que la conclusion prévue par la loi doit découler de l'application de la présomption. Dans le cas des présomptions légales irréfragables, il ne peut y avoir de «preuve contraire».

La distinction entre le droit et le recours vient obscurcir la question. Certaines présomptions légales réfragables sont perçues comme étant si étroitement rattachées à l'existence de droits à caractère substantiel qu'on les considère comme des questions de droit substantiel. Personne ne s'entend sur la qualification de ces présomptions.

Lorsqu'il faut recourir à des présomptions légales réfragables pour amener le tribunal à convenir des faits qui serviront à qualifier le litige, à interpréter et à appliquer le facteur de rattachement ou à établir la compétence juridictionnelle, on doit les considérer comme relevant de la procédure. Dans les faits, cependant, l'analyse des règles de conflit des lois du tribunal saisi du litige ne renvoyait à aucun autre système de droit. C'est seulement en qualifiant le litige, en établissant la compétence juridictionnelle et en interprétant le facteur de rattachement que l'on peut établir la loi applicable au fond du litige. Peu importe alors que la présomption se rapporte au droit ou au recours, on doit la considérer comme relevant de la procédure.

³ *The Conflict of Laws*, Calgary, Alberta: Carswell Legal Publications, 1983, à la p. 218.

When a rebuttable presumption of law becomes relevant at any other stage in the proceedings, the argument in favour of utilizing the *lex fori* is less compelling. Where such presumptions are more closely tied to the actual right than the determination of the legal issue, related facts, or the connecting factor, they ought to be characterized as substantive. [References omitted.]

On the view I take of this matter, however, it is not strictly necessary for us to resolve the question as to whether the presumption created by section 16 of *The Hindu Adoptions and Maintenance Act, 1956* is substantive or procedural. My reasons are twofold.

In the first place, even if the presumption created by section 16 is to be applied by Canadian courts, it can be of no help to the present appellants. In Court file A-1188-88, Ajaib Singh, the issue is not whether or not the appellant adopted the child (in fact, the record also shows a valid Alberta adoption in 1986) but whether such adoption took place prior to the latter's thirteenth birthday so as to bring him within the definition of "son" in subsection 2(1) of the *Immigration Regulations, 1978*.⁴

2. (1) ...

"son" means, with respect to a person, a male

b) who has been adopted by that person before having attained thirteen years of age;

Since the sponsored boy was born December 20, 1968, the adoption deed entered into in 1983 could not make him an adopted son for the purposes of Canadian immigration law unless it were established that such adoption had, in fact, taken place prior to his thirteenth birthday. Section 16 of *The Hindu Adoptions and Maintenance Act, 1956* does not give any presumptive validity to the recitals in the deed of adoption and, accordingly, the visa officer and the Immigration Appeal Board were at liberty to do as they did and examine all the evidence and conclude that no proper adoption had taken place at the relevant time.

⁴ SOR/78-172, as am. by SOR/85-225, s. 1.

Lorsqu'une présomption légale réfragable devient pertinente à toute autre étape des procédures, l'argument voulant qu'on applique la loi du tribunal saisi du litige devient moins convaincant. Lorsque de telles présomptions sont rattachées plus étroitement au droit véritable qu'à la qualification du litige, qu'à l'établissement des faits connexes ou qu'à l'interprétation du facteur de rattachement, on doit les considérer comme relevant du droit substantiel. [Références omises.]

Il n'est toutefois pas absolument nécessaire que je décide si la présomption créée par l'article 16 de *The Hindu Adoptions and Maintenance Act, 1956* relève du droit substantiel ou de la procédure, vu mon opinion sur la question. Les motifs qui suivent comportent deux volets.

Premièrement, même si la présomption créée par l'article 16 doit être appliquée par les tribunaux canadiens, elle n'est d'aucune utilité pour les appelants. Dans le dossier A-1188-88 (Ajaib Singh), la question n'est pas de savoir si l'appelant a ou n'a pas adopté l'enfant (en fait, le dossier révèle aussi une adoption valide en Alberta en 1986), mais de savoir si cette adoption a eu lieu avant que l'enfant n'ait atteint l'âge de treize ans, de sorte qu'il puisse être visé par la définition du terme «fils» qui figure au paragraphe 2(1) du *Règlement sur l'immigration de 1978*.⁴

2. (1) ...

f «fils» désigne, par rapport à une personne, une personne du sexe masculin

b) qui a été adoptée par cette personne avant l'âge de treize ans;

Comme l'enfant parrainé est né le 20 décembre 1968 et que l'acte d'adoption a été fait en 1983, celui-ci ne pourrait pas être un fils adopté aux fins de la loi canadienne sur l'immigration, à moins qu'il ne soit établi que cette adoption a effectivement eu lieu avant le treizième anniversaire de naissance de l'enfant. L'article 16 de *The Hindu Adoptions and Maintenance Act, 1956* ne confère pas la valeur d'une présomption au contenu de l'acte d'adoption; par conséquent, l'agent des visas ainsi que la Commission d'appel de l'immigration pouvaient agir comme ils l'ont fait, c'est-à-dire examiner tous les éléments de preuve et conclure qu'il n'y avait pas eu d'adoption en bonne et due forme à l'époque en question.

⁴ DORS/78-172, mod. par DORS/85-225, art. 1.

In Court file A-259-89, Gurbax Singh Brar, the matter is even clearer. The appellant himself produced the adoption deed dated 1984 together with an authorizing power of attorney dated the same year. He admitted, however, that the purported adoption did not take place at the time of the deed but in 1978, more than five years prior to the execution of the power of attorney. There was thus an inherent contradiction between the deed and the position advanced in the evidence of the party producing and relying upon it. Any validity required to be presumed from the production of the deed was itself disproved by the very circumstances of such production. Since the presumption, if applicable, is merely rebuttable, the result was, once again, to leave the visa officer and the Immigration Appeal Board free to reach their own conclusion on the whole of the evidence.

My second reason for concluding as I do flows from the fact that this case must ultimately turn not on the application of the general rules of private international law but on the more specific rules of Canadian statutory interpretation. I have already quoted the relevant part of the definition of the word "son" in subsection 2(1) of the *Immigration Regulations, 1978*. The definition of "adopted" is also relevant:

2. (1) ...

"adopted" means adopted in accordance with the laws of any province of Canada or of any country other than Canada or any political subdivision thereof where the adoption created a relationship of parent and child;

The question thus, for the visa officer and the Immigration Appeal Board in each of these cases, was not to know whether the persons sought to be sponsored by the respective appellants had the status in India of being their adopted sons, a question to which the presumption created by section 16 of *The Hindu Adoptions and Maintenance Act, 1956* would be relevant if it were applicable. Rather, the question in each case was to know whether there had been, prior to the child's thirteenth birthday, an adoption "in accordance with the laws of" India which created a relationship of parent and child so as to make the adoptee the sponsor's "son". This is an issue of Canadian law. The enquiry is directed more to historical fact than to present status and the determination whether

Dans le dossier A-259-89 (Gurbax Singh Brar), la situation est encore plus claire. L'appelant a lui-même produit l'acte d'adoption en date de 1984, de même qu'une procuration datée de la même année. Il a cependant reconnu que l'adoption en question n'avait pas eu lieu à la date mentionnée dans l'acte, mais en 1978, soit plus de cinq ans avant la signature de la procuration. Il y a donc une contradiction flagrante entre le contenu de l'acte et celui de la preuve invoquée par la partie qui l'a produite et s'y appuie. La validité de l'adoption que la production de l'acte devait permettre de présumer est elle-même réfutée par les circonstances de la production de l'acte. Comme la présomption, si elle s'était appliquée, aurait simplement eu un caractère réfragable, rien n'empêchait, encore une fois, l'agent des visas et la Commission d'appel de l'immigration de tirer leurs propres conclusions d'après l'ensemble de la preuve.

Deuxièmement, j'en arrive à cette conclusion parce que ce litige porte, tout compte fait, non pas sur l'application des règles générales de droit international privé, mais sur les règles plus spécifiques d'interprétation des lois canadiennes. J'ai déjà cité la partie pertinente de la définition du terme «fils» énoncée au paragraphe 2(1) du *Règlement sur l'immigration de 1978*. La définition du terme «adopté» est elle aussi pertinente:

2. (1) ...

«adopté» signifie adopté conformément aux lois de toute province du Canada ou de tout pays autre que le Canada ou de toute subdivision politique de ces pays lorsque l'adoption crée un lien entre père et mère et enfant;

La question que l'agent de visas et la Commission d'appel de l'immigration devaient donc se poser dans ces deux cas n'était pas de savoir si les personnes que désiraient parrainer les deux appellants avaient effectivement le statut de fils adoptés en Inde; c'est une situation qui serait visée par la présomption créée par l'article 16 de *The Hindu Adoptions and Maintenance Act, 1956* si celle-ci était applicable. La question est plutôt de savoir s'il y a eu, avant le treizième anniversaire de naissance de chacun des enfants, une adoption «en conformité des lois» de l'Inde qui a créé un lien entre père et enfant faisant des enfants adoptés les «fils» de chacun des répondants. Cette question relève du droit canadien. L'enquête a porté sur le passé plutôt que sur le présent, et la question de

The Hindu Adoptions and Maintenance Act, 1956 has been complied with is only a part of the responsibility which Canadian legislation gives to the visa officer and the Board to decide whether an application for landing in Canada should be approved. Presumptions imposed by Indian law on Indian courts, which might be relevant if the issue were simply to know, in private international law terms, the status of the sponsorees in India, are of no assistance in determining if either of them qualifies as an "adopted son" for the very special purposes of the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2] and Regulations. I would add that since the presumption in section 16 is directed specifically to "the court", it is difficult, in any event, to conceive of it as being other than procedural since it is unlikely to have been the intention of the Indian Parliament to bind a court over which it had no authority or jurisdiction.

I would dismiss the appeals.

MACGUIGAN J.A.: I concur.

DESJARDINS J.A.: I concur.

savoir si les dispositions de *The Hindu Adoptions and Maintenance Act, 1956* ont été respectées n'est qu'un aspect du pouvoir d'approuver ou de rejeter une demande de droit d'établissement que la législation canadienne confère à l'agent des visas et à la Commission d'appel de l'immigration. Les présomptions que la loi indienne impose aux tribunaux indiens, qui pourraient être pertinentes s'il s'agissait simplement de savoir quel est le statut des enfants parrainés en Inde en vertu du droit international privé, ne sont d'aucune utilité pour établir si l'un d'eux est un «fils adopté» au sens de la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), chap. I-2] et de son règlement d'application. En conclusion, comme la présomption prévue à l'article 16 s'adresse spécifiquement «au tribunal», on pourrait difficilement prétendre qu'elle n'a pas un caractère purement procédural, car il est peu vraisemblable que le Parlement indien ait eu l'intention de lier un tribunal à l'égard duquel il n'exerçait aucun pouvoir ni aucune compétence juridictionnelle.

Je rejetterais les appels.

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

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

A-440-89

A-440-89

Minister of Employment and Immigration (Applicant)

v.

Norbert Timothy Letshou-Olembo (Respondent)

INDEXED AS: CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) v. LETSHOU-OLEMBO (C.A.)

Court of Appeal, Marceau, Hugessen and MacGuigan J.J.A.—Montréal, March 28; Ottawa, May 8, 1990.

Immigration — Refugee status — Application to set aside referral of refugee status claim to Refugee Division — Claimant granted refugee status in Britain — Adjudicator and member of Refugee Division finding claim admissible as credible basis for claim based on fear of persecution in Britain by former countrymen, although claimant not seeking police protection — Fear of persecution linked to means of protection — Lack of available protection essence of fear motivating refugee — Positive and credible evidence of basis of reasonable fear of persecution necessary to support finding claim eligible.

Judicial review — Applications to review — Application to set aside referral of refugee status claim to Refugee Division after claim found admissible based on fear of persecution in country of refuge — Judicial review of positive decision on eligibility based on exception in Immigration Act, s. 46.01(2) legitimized by finality of decision — Review limited to manifest error of law causing misunderstanding of purpose of inquiry.

This was an application by the Minister to set aside the referral of a claim for refugee status to the Refugee Division after it was found to have a credible basis. The respondent, a Zairian national, was granted refugee status first in the Congo and later in England. While in London, he collaborated with Amnesty International and served as secretary to the Zairian Refugee Action Group, activities not approved of by the Zaire government. He learned of a plot to kidnap and possibly kill him, but made no effort to seek protection from British police. Upon securing travel documents under the United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, he came to Canada and claimed refugee status. The respondent's claim that he feared persecution in the United Kingdom was accepted and referred to adjudication. Under Canadian law, the claim of a person who has been granted refugee status elsewhere is inadmissible except in specific circumstances. Under *Immigration Act*, subsection 46.01(2), a Convention refugee claimant is eligible to have a claim determined by the Refugee Division if he has a credible basis for a well-founded fear of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a

Ministre de l'Emploi et de l'Immigration (requérant)

a c.

Norbert Timothy Letshou-Olembo (intimé)

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

Cour d'appel, juges Marceau, Hugessen et MacGuigan, J.C.A.—Montréal, 28 mars; Ottawa, 8 mai 1990.

Immigration — Statut de réfugié — Demande d'annulation du renvoi de la revendication du statut de réfugié à la section du statut de réfugié — Le demandeur s'est vu accorder le statut de réfugié en Angleterre — L'arbitre et le membre de la section du statut de réfugié ont conclu que la revendication était recevable puisque la crainte de l'intimé d'être persécuté en Angleterre par ses anciens compatriotes avait un minimum de fondement et ce, même si le demandeur ne cherchait pas à obtenir la protection de la police — La crainte d'être persécuté est liée aux moyens de protection — Le manque de protection disponible est de l'essence même de la crainte qui anime le réfugié — Une preuve positive et digne de foi de l'existence d'un fondement du caractère raisonnable de la crainte d'être persécuté était nécessaire pour conclure à la recevabilité de la revendication.

Contrôle judiciaire — Demandes d'examen — Demande d'annulation du renvoi de la revendication du statut de réfugié à la section du statut de réfugié après que la revendication en cause fondée sur la crainte d'être persécuté dans son pays de refuge eut été déclarée recevable — Le contrôle judiciaire de la décision positive portant sur la recevabilité fondé sur l'exception de l'art. 46.01(2) de la Loi sur l'immigration est légitimée par le caractère définitif de la décision elle-même — La révision est restreinte à une erreur de droit manifeste qui aurait suscité une conception erronée de l'objet de l'enquête.

Il s'agit en l'espèce d'une demande du ministre en vue d'annuler le renvoi d'une revendication du statut de réfugié à la section du statut de réfugié après qu'il eut été décidé qu'elle possédait un minimum de fondement. L'intimé, un zaïrois, a d'abord obtenu le statut de réfugié au Congo et, par la suite, en Angleterre. Alors qu'il était à Londres, il a collaboré avec Amnistie Internationale et a été secrétaire du Zairean Refugee Action Group, activités qui étaient mal vues des autorités zaïroises. Il a appris l'existence d'un complot visant à l'enlever et même à l'assassiner, mais il n'a pas cherché à obtenir la protection des autorités policières anglaises. Après avoir obtenu un titre de voyage en vertu de la Convention des Nations-Unies relative au statut de réfugié, il est venu au Canada et a revendiqué le statut de réfugié. La prétention de l'intimé selon laquelle il craignait d'être persécuté au Royaume-Uni a été acceptée et référée pour adjudication. En vertu du droit canadien, la revendication de celui qui a obtenu ailleurs le statut de réfugié est irrecevable, sauf dans des circonstances précises. En vertu du paragraphe 46.01(2) de la *Loi sur l'immigration*, un réfugié qui revendique le statut de réfugié au sens de la

particular social group or political opinion in the country that recognized him as a Convention refugee. The respondent argued that since subparagraph 2(1)(a)(i) of the definition of "Convention refugee" (which requires an inability to seek protection of his country) is not incorporated in subsection 46.01(2), the investigators should not have been concerned with the absence of request for protection from the authorities of the country of refuge. The issues were whether the Court had jurisdiction to review a decision holding a claim admissible, and whether the decision should be set aside.

Held, the application should be allowed.

A favourable decision as to admissibility of a claim is subject to judicial review. The ruling on admissibility is not a merely preparatory ruling like the referral decision from which it results, but is itself a final decision which has immediate substantive consequences and which the Refugee Division cannot revoke. The determination of the merits of the allegation of fear on which this final decision depends must be made in accordance with the same "credible basis" standard applicable in deciding on the credibility of the claim itself. The investigators only had to determine whether they could find any basis for a fear of persecution in his country of refuge. The scope of review must be limited to a manifest error of law that may have caused a misunderstanding of the purpose of the inquiry.

The finding on the eligibility of the respondent's claim was not based on an adequate determination as to the existence of a credible basis for the reasonable fear he said he had. A fear of persecution cannot be separated from the means of protection. The lack of available protection is the very essence of the fear motivating a refugee. In order to find that the respondent's claim was eligible, some positive and credible evidence of a basis for the reasonable fear of persecution in the United Kingdom was required, not simply reasoning in the abstract as to the likelihood that the United Kingdom would be unable to provide the respondent with complete protection.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 2 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1), 46(1) (as am. *idem*, s. 14), 46.01 (as enacted *idem*), 46.04 (as enacted *idem*).
United Nations Convention relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, art. 28.

AUTHORS CITED

- Goodwin-Gill, Guy S. *The Refugee in International Law*, Oxford: Clarendon Press, 1983.

Convention est admis à faire déterminer sa demande par la section du statut s'il craint avec raison d'être persécuté du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques dans le pays qui lui a reconnu le statut de réfugié au sens de la Convention.

- a* L'intimé a prétendu que puisque le sous-alinéa 2(1)(a)(i) de la définition de «réfugié au sens de la Convention»: (qui requiert l'impossibilité de demander la protection de son pays) n'est pas repris dans le paragraphe 46.01(2), les enquêteurs n'auraient pas dû tenir compte de l'absence de demande de protection des autorités du pays de refuge. Il s'agissait de déterminer si la
b Cour avait compétence pour réviser une décision qui aurait prononcé la recevabilité d'une revendication et si cette décision devrait être annulée.

Arrêt: la demande devrait être accueillie.

- Une décision favorable quant à la recevabilité d'une réclamation est sujette à un contrôle judiciaire. Une décision favorable n'est pas une conclusion uniquement préparatoire comme la décision de renvoi dans laquelle elle s'insère, mais elle constitue en elle-même une décision finale qui produit des effets substantifs immédiatement, et sur laquelle la section du statut ne reviendra pas. La vérification du bien-fondé de l'allégation de crainte dont dépend cette décision finale doit se faire sur la base du même critère de «minimum de fondement» applicable pour juger de la crédibilité de la revendication elle-même. Les enquêteurs n'avaient qu'à rechercher s'ils pouvaient déceler un fondement quelconque d'une crainte d'être persécuté dans son pays de refuge. L'ampleur d'une révision doit être limitée à une erreur de droit manifeste qui peut avoir suscité une conception erronée de l'objet de l'enquête.

- La conclusion quant à la recevabilité de la revendication de l'intimé n'était pas fondée sur une vérification adéquate de l'existence d'un minimum de fondement quant au caractère raisonnable de la crainte qu'il disait avoir. La crainte d'être persécuté est indissociable des moyens de protection. Le manque de protection disponible est de l'essence même de la crainte qui anime le réfugié. Pour déclarer recevable la revendication de l'intimé, une certaine preuve positive et digne de foi du caractère raisonnable de la crainte d'être persécuté au Royaume-Uni devait exister, et non pas uniquement un simple raisonnement abstrait de vraisemblance quant à l'impuissance du Royaume-Uni de garantir à l'intimé une protection complète.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Convention des Nations-Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 28.
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^e suppl.), chap. 28, art. 1), 46(1) (mod., *idem*, art. 14), 46.01 (édicte, *idem*), 46.04 (édicte, *idem*).

DOCTRINE

- Goodwin-Gill, Guy S. *The Refugee in International Law*, Oxford: Clarendon Press, 1983.

COUNSEL:

Joanne Granger for applicant.
William Sloan for respondent.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for applicant.
Sloan, Deveaux & Associés, Montréal, for respondent.

The following is the English version of the reasons for judgment rendered by

MARCEAU J.A.: The decision at issue in this application to review and set aside was rendered pursuant to the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, as amended. It comes from an adjudicator and a member of the Refugee Division, who after finding that the respondent's claim for refugee status was admissible, referred it to the Refugee Division since it had the credible basis necessary for reference to adjudication. It is thus a decision made pursuant to subsection 46(1) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14] of the *Immigration Act* (hereinafter "the Act"), which reads as follows:

46. (1) Where an inquiry is continued or a hearing is held before an adjudicator and a member of the Refugee Division,

- (a) the adjudicator shall, in the case of an inquiry, determine whether the claimant should be permitted to come into Canada or to remain therein, as the case may be;
- (b) the adjudicator and the member shall determine whether the claimant is eligible to have the claim determined by the Refugee Division; and
- (c) if either the adjudicator or the member or both determine that the claimant is so eligible, they shall determine whether the claimant has a credible basis for the claim.

It is the first part of the decision, that dealing with eligibility, which the Minister is specifically challenging, but the challenge naturally affects indirectly the second part which under the Act was directly subject to it. This will become clearer on reviewing the facts.

The respondent was born in Zaire, in Africa, in 1954 and has always retained his Zairian nationality. In 1980 he left his country through fear of reprisals by the authorities and sought refuge in the Congo, where the Office of the United Nations

AVOCATS:

Joanne Granger pour le requérant.
William Sloan pour l'intimé.

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada, pour le requérant.
Sloan, Deveaux & Associés, Montréal, pour l'intimé.

Voici les motifs du jugement rendu en français par

LE JUGE MARCEAU, J.C.A.: La décision qu'attaque cette demande d'examen et d'annulation a été rendue en vertu de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), chap. I-2, telle qu'amendée. Elle vient d'un arbitre et d'un membre de la section du statut qui, après avoir déclaré recevable la revendication de l'intimé au statut de réfugié, l'ont référée à la section du statut puisqu'elle possédait le minimum de fondement requis pour être soumise à adjudication. Il s'agit donc d'une décision rendue en vertu du paragraphe 46(1) [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), chap. 28, art. 14] de la *Loi sur l'immigration* (ci-après la Loi) dont je rappelle le texte:

46. (1) Les règles suivantes s'appliquent aux enquêtes ou audiences tenues devant un arbitre et un membre de la section du statut:

- a) dans le cas d'une enquête, l'arbitre détermine si le demandeur de statut doit être autorisé à entrer au Canada ou à y demeurer, selon le cas;
- b) l'arbitre et le membre déterminent si la revendication est recevable par la section du statut;
- c) si au moins l'un des deux conclut à la recevabilité, ils déterminent ensuite si la revendication a un minimum de fondement.

C'est la première partie de la décision, celle qui avait trait à la recevabilité, que le ministre précisément conteste, mais l'attaque rejoint naturellement, par ricochet, la deuxième partie qui lui était, de par la Loi, directement assujettie. On verra mieux une fois les faits connus.

L'intimé est né au Zaïre, en Afrique, en 1954 et il a toujours conservé sa nationalité zairoise. Au cours de l'année 1980, il quitta son pays par crainte de représailles de la part des autorités et chercha asile au Congo où le Haut Commissariat

High Commissioner for Refugees granted him refugee status. In June 1986 he left the Congo with his wife and their child for England, and immediately claimed official refugee status from the British authorities. His claim was finally allowed in 1988. Soon afterwards, he obtained travel documents under Article 28 of the *United Nations Convention relating to the Status of Refugees* and left for Canada without his family.¹

The respondent arrived in Canada in February 1989. Although he had a valid travel document, he promptly claimed refugee status again. Under Canadian law (which is also consistent with the practice of several other jurisdictions²), in principle the claim of a person who has already had his refugee status recognized elsewhere is inadmissible, and this inadmissibility can only be lifted in specific circumstances, the rules applicable to the situation being contained in paragraph 46.01(1)(a) [as enacted *idem*] and subsection 46.01(2) [as enacted *idem*] of the Act, which reads 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

(a) the claimant has been recognized by any country, other than Canada, as a Convention refugee and has been issued a

¹ Article 28 of the Convention, signed at Geneva on July 28, 1951, states the following:

Article 28

TRAVEL DOCUMENTS

1. The Contracting States shall issue to refugees lawfully staying in their territory travel documents for the purpose of travel outside their territory, unless compelling reasons of national security or public order otherwise require, and the provisions of the Schedule to this Convention shall apply with respect to such documents. The Contracting States may issue such a travel document to any other refugee in their territory; they shall in particular give sympathetic consideration to the issue of such a travel document to refugees in their territory who are unable to obtain a travel document from the country of their lawful residence.

2. Travel documents issued to refugees under previous international agreements by parties thereto shall be recognized and treated by the Contracting States in the same way as if they had been issued pursuant to this article.

² See Guy S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law* (Oxford University Press, 1983), at p. 52, under the heading "THE COUNTRY OF FIRST ASYLUM PRINCIPLE".

des Nations-Unies pour les réfugiés lui accorda un statut de réfugié. En juin 1986, il laissa le Congo avec sa femme et leur enfant pour se rendre en Angleterre, et aussitôt réclama des autorités du pays le statut officiel de réfugié. Sa réclamation fut finalement accordée en 1988. Peu après, il se faisait délivrer un titre de voyage aux termes de l'article 28 de la *Convention des Nations-Unies relative au statut des réfugiés*, et partait sans sa famille pour le Canada¹.

L'intimé arriva au Canada en février 1989. Bien que muni d'un titre de voyage en cours de validité, il s'empressa de revendiquer de nouveau le statut de réfugié. Or il existe, en vertu de la loi canadienne (ce qui d'ailleurs est conforme à la pratique de plusieurs autres juridictions²), une irrecevabilité de principe à l'égard de la revendication de celui qui s'est déjà fait reconnaître ailleurs le statut de réfugié et cette irrecevabilité ne peut être levée que dans des circonstances précises, les règles applicables en l'espèce étant contenues à l'alinéa 46.01(1)a [édicte, *idem*] et au paragraphe 46.01(2) [édicte, *idem*] de la Loi qui se lisent comme suit:

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:

a) il s'est vu reconnaître le statut de réfugié au sens de la Convention par un autre pays, lequel lui a délivré un titre de

¹ Cet article 28 de la Convention, signée à Genève le 28 juillet 1951, prévoit comme suit:

Article 28

TITRES DE VOYAGE

1. Les États Contractants délivreront aux réfugiés résidant régulièrement sur leur territoire, des titres de voyage destinés à leur permettre de voyager hors de ce territoire à moins que des raisons impérieuses de sécurité nationale ou d'ordre public ne s'y opposent; les dispositions de l'Annexe à cette Convention s'appliqueront à ces documents. Les États Contractants pourront délivrer un tel titre de voyage à tout autre réfugié se trouvant sur leur territoire; ils accorderont une attention particulière aux cas de réfugiés se trouvant sur leur territoire et qui ne sont pas en mesure d'obtenir un titre de voyage du pays de leur résidence régulière.

2. Les documents de voyage délivrés aux termes d'accords internationaux antérieurs par les Parties à ces accords seront reconnus par les États Contractants, et traités comme s'ils avaient été délivrés aux réfugiés en vertu du présent article.

² Voir: Guy S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law* (Oxford University Press, 1983), à la p. 52 sous le titre «THE COUNTRY OF FIRST ASYLUM PRINCIPLE».

valid and subsisting travel document by that country pursuant to Article 28 of the Convention;

voyage en cours de validité aux termes de l'article 28 de la Convention;

(2) Notwithstanding paragraph (1)(a), a person is eligible to have a claim determined by the Refugee Division if, in the opinion of the adjudicator or the member of the Refugee Division considering the claim, the person has a credible basis for a well-founded fear of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion in the country that recognized the person as a Convention refugee.

(2) L'alinéa (1)a ne fait pas obstacle à la recevabilité de la revendication si l'arbitre ou le membre de la section du statut estime que le demandeur craint—et cette crainte a un minimum de fondement—d'être persécuté du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques dans le pays qui lui a reconnu le statut de réfugié au sens de la Convention.

At the initial hearing of his claim the respondent naturally argued that he fell within the exception contained in subsection 46.01(2). The member of the Refugee Division taking part in the hearing with the adjudicator accepted the respondent's claim that he feared persecution in the United Kingdom so that, although the adjudicator took the opposite view, the claim was at once referred to adjudication, and the Minister formally admitted that there was a credible basis for the respondent's fear of persecution in his own country.³ A decision of referral to the Refugee Division was thus made immediately.

À l'enquête initiale sur sa revendication, l'intimé fit valoir naturellement qu'il tombait sous le coup de l'exception du paragraphe 46.01(2). Le membre de la section du statut qui procédait à l'enquête avec l'arbitre accepta la prétention de l'intimé qu'il craignait d'être persécuté au Royaume-Uni de sorte que, même si l'arbitre était d'opinion contraire, la revendication fut immédiatement référée pour adjudication, le ministre reconnaissant formellement que la crainte de l'intimé d'être persécuté dans son propre pays avait un minimum de fondement³. Une décision de renvoi à la section du statut fut donc immédiatement rendue.

The Minister then asked this Court to vacate the decision of referral, arguing that the member's favourable conclusion was in error and resulted from a misunderstanding of the parameters of the exception in subsection 46.01(2) of the Act.

Le ministre s'adressa alors à cette Cour pour demander la nullité de la décision de renvoi en invoquant que la conclusion favorable du membre était erronée et venait d'une mauvaise appréciation des exigences d'application de l'exception du paragraphe 46.01(2) de la Loi.

This is to my knowledge the first time that the Court has had before it an application relating to this provision in subsection 46.01(2) of the Act, a provision allowing a person who has already found a country of refuge to claim refugee status here, one contemplating in its present form the very first version of Bill C-55, as tabled in 1987. It is thus understandable that the Court should consider for a moment the meaning of judicial review of a decision which has held a claim admissible under this exceptional provision: for while a negative decision on the admissibility of a claim or its credibility is certainly subject to review under

C'est la première fois, à ma connaissance, que la Cour est saisie d'une demande en rapport avec cette disposition du paragraphe 46.01(2) de la Loi qui permet exceptionnellement à celui qui a déjà trouvé un pays de refuge de réclamer ici le statut de réfugié, disposition que prévoyait sous sa forme actuelle la toute première version du projet de loi C-55, tel que déposé en 1987. Aussi est-il compréhensible que l'on soit porté à s'interroger un moment sur le sens d'une révision judiciaire portant sur une décision qui aurait prononcé la recevabilité d'une revendication en application de cette disposition d'exception. Car si une décision néga-

³ As he was authorized to do by s. 46.01(7) [as enacted *idem*]:

46.01 . . .

(7) If the Minister is of the opinion that the claimant has a credible basis for the claim and informs the adjudicator and the member of the Refugee Division of that opinion, the adjudicator and the member shall determine that the claimant has a credible basis for the claim.

³ Comme l'y autorisait le paragraphe 46.01(7) [édicte, *idem*]:

46.01 . . .

(7) Si le ministre informe l'arbitre et le membre de la section du statut qu'il est d'avis que la revendication du demandeur a un minimum de fondement ceux-ci concluent que la revendication a un minimum de fondement.

section 28 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7], this may definitely be doubted in the case of a favourable decision. In view of the procedure in the Act, which for the sake of administrative efficiency is simply seeking at the initial stage to identify applications which deserve consideration because they have some chance of success, and for this purpose is prepared to accept the favourable opinion of only one of two officials, it is at first sight difficult to see why it is necessary to have judicial review before the Refugee Division has made a ruling. It is understandable, however, when we realize that the ruling by the adjudicator and the member of the Refugee Division on admissibility is not—strange as it may seem—a simply preparatory ruling like the referral decision from which it results, but is itself a final decision which has substantive consequences at once and which the Refugee Division cannot revoke.⁴

It should also be clearly noted at the outset that the determination of the merits of the allegation of fear on which this final decision depends must be made in accordance with the same “credible basis” standard applicable in deciding on the credibility of the claim itself. The investigators did not have to determine whether the claimant had a well-founded fear of persecution in his country of refuge, only whether they could find any basis for his argument. This also is somewhat surprising, but I suppose the thinking was that the speedy and summary determination they wished to associate

⁴ The fact that the Refugee Division is not empowered to revoke the eligibility ruling is indicated by the fact that in subs. 46.01(2) the Act does not mention any search for evidence “on which the Refugee Division might determine”, as it does in subs. 46.01(6) dealing with credibility. It can also be seen that in subs. 46.04(2) [as enacted *idem*] the Act refers to the opinion not of the Refugee Division but of the investigators at the initial stage; it reads as follows:

46.04 . . .

(2) Notwithstanding paragraph (1)(b), a person is eligible to apply for landing under subsection (1) if, in the opinion of the adjudicator or the member of the Refugee Division who considered the person's claim to be a Convention refugee, the person has a credible basis for a well-founded fear of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion in the country that recognized the person as a Convention refugee. [My emphasis.]

tive quant à la recevabilité d'une réclamation ou sa crédibilité est certes sujette à révision en vertu de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), chap. F-7], il est sans doute permis d'en douter pour une décision favorable. Étant donné le processus de la Loi qui, pour fin d'efficacité administrative, cherche simplement, à ce premier stade, à repérer les demandes qui méritent considération parce qu'elles ont quelque chance de réussite et entend se contenter pour cela de l'opinion favorable d'un seul de deux officiels, il est, au premier abord, difficile de voir pourquoi il faudrait procéder à un contrôle judiciaire avant que la section du statut ne se soit prononcée. On comprend cependant dès qu'on réalise que la conclusion de l'arbitre et du membre de la section du statut sur la recevabilité n'est pas—aussi inattendu que ce soit—une conclusion uniquement préparatoire comme la décision de renvoi dans laquelle elle s'insère, mais qu'elle constitue en elle-même une décision finale qui produit des effets substantifs immédiatement et sur laquelle la section du statut ne reviendra pas⁴.

Il importe de bien noter aussi, au départ, que la vérification du bien-fondé de l'allégation de crainte dont dépend cette décision finale doit se faire sur la base du même critère de «minimum de fondement» applicable pour juger de la crédibilité de la revendication elle-même. Les enquêteurs n'ont pas à rechercher si le revendicateur a une crainte bien fondée de persécution dans son pays de refuge, mais uniquement s'ils peuvent déceler quelque fondement à sa prétention. Cela aussi est quelque peu étonnant, mais on a pensé, je suppose, que le caractère expéditif et sommaire que l'on voulait

⁴ Que la section du statut ne soit pas habilitée à revenir sur la conclusion de recevabilité ressort de ce que la Loi, à l'art. 46.01(2), ne parle pas d'une recherche d'éléments de preuve «sur lesquels la section du statut peut se fonder», comme elle le fait à l'art. 46.01(6) relatif à la crédibilité. On peut voir aussi qu'à l'art. 46.04(2) [édicte, *idem*] on se réfère à l'avis, non de la section du statut, mais des enquêteurs de l'étape initiale; en voici le texte:

46.04 . . .

(2) L'alinéa (1)(b) ne fait pas obstacle à la demande du droit d'établissement si, de l'avis de l'arbitre ou du membre de la section du statut qui ont étudié la revendication du demandeur, celui-ci craint—et cette crainte a un minimum de fondement—d'être persécuté du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques dans le pays qui lui a reconnu le statut de réfugié au sens de la Convention. [Je souligne.]

with this preliminary stage of the process would otherwise be imperilled and that it was best in cases of uncertainty to favour the claimant, as there was basically no reason in cases of strict necessity to be careful to admit only refugees coming directly from their own countries.

In any case, what is clear in this Court is that while judicial review of a positive decision on eligibility based on the exception in subsection 46.01(2) of the Act is legitimized by the fact that the decision is final, this review can still only be very limited in scope. Only the finding of a manifest error of law that may have caused a misunderstanding of the purpose of the inquiry could authorize the Court to intervene.

I had great hesitation before agreeing with the applicant Minister that the case at issue here is one which does in fact require the intervention of this Court. The difficulty arises from the fact that the error of law or comprehension that must finally be attributed to the member of the Refugee Division not only was not committed by him overtly but is even indicated in his initial remarks as something to be avoided. We will see presently what I mean.

The respondent told the investigators that he was engaged in the Congo and in England in social and humanitarian activities with political consequences, which were not approved by the Zaire government. He acted as representative in London of a movement known as "Massada"; he also collaborated with Amnesty International, and most importantly, he was the secretary of an organization of Zairian refugees known as "Zairag" (Zairian Refugee Action Group). The president of Zairag and he learned of the existence of a plan by a former Zaire military attaché to kidnap and possibly kill them. The respondent never sought special protection from the British police. It was the president of Zairag who undertook to apply for a weapons permit for himself and all members of his group, but the application for the group was not granted and respondent took no further action himself. He was unable to say whether the British police would or could protect

donner à ce stade préliminaire du processus serait autrement mis en péril et qu'il valait mieux en cas d'incertitude favoriser le revendicateur, car rien n'exigeait en somme que l'on prenne soin de n'admettre que dans les cas de stricte nécessité le réfugié qui ne viendrait pas directement de son pays.

En tout cas, ce qui est certain pour nous c'est que si la révision judiciaire d'une décision positive d'admissibilité basée sur l'exception du paragraphe 46.01(2) de la Loi est légitimée par le fait que la décision est finale, l'ampleur de cette révision ne peut néanmoins qu'en être fort restreinte. Seule l'identification d'une erreur de droit manifeste qui aurait suscité une conception erronée de l'objet de l'enquête pourrait autoriser la Cour à intervenir.

J'ai beaucoup hésité avant d'admettre avec le ministre requérant que le cas ici en cause en était un qui, effectivement, requérait l'intervention de cette Cour. La difficulté vient de ce que l'erreur de droit ou de conception que l'on doit finalement reprocher au membre de la section du statut, non seulement n'est pas commise par lui ouvertement, mais est même présentée dans ses remarques initiales comme étant à éviter. On verra tout de suite ce que je veux dire.

L'intimé expliqua aux enquêteurs qu'il avait poursuivi au Congo et en Angleterre des activités sociales et humanitaires à incidences politiques qui étaient mal vues des autorités du Zaïre. Il avait agi comme représentant à Londres d'un mouvement connu sous le nom de Massada; il avait aussi collaboré avec Amnesty Internationale et, surtout, il avait été secrétaire d'une organisation groupant les réfugiés zaïrois appelée Zairag (Zairian Refugee Action Group). Or, le président du Zairag et lui-même avaient appris l'existence d'un plan d'un ancien attaché militaire du Zaïre visant à les enlever et même à les assassiner. L'intimé lui n'avait jamais cherché à obtenir une protection spéciale de la part des autorités policières anglaises. C'est le président du Zairag qui s'était chargé de demander pour lui et tous les membres de son groupe un permis de port d'arme, mais la demande pour le groupe n'avait pas été accordée et lui-même l'intimé n'avait pas fait d'autres démarches. Quant à savoir si les autorités policières de l'Angleterre voulaient ou pouvaient le protéger contre les dangers qu'il appréhendait, il était incapable de

him against the dangers he feared, but in any case he felt safer in Canada.

It was the fact that he made no effort to seek protection in his country of refuge that struck the two investigators and became the focus of their concern, as neither doubted the credibility of the respondent as a witness or the plausibility of his story.

Counsel for the respondent argued that this concern by the investigators was not legitimate. His argument—repeated in this Court—was that the question of protection had nothing to do with the case, since subparagraph (a)(i) of the definition of “Convention refugee” in subsection 2(1) [as am. *idem*, s. 1],⁵ which deals with the question of whether the claimant can or may seek the protection of his country, is not incorporated by reference or otherwise in subsection 46.01(2). In his submission, the determination the investigators at the initial stage were required to make on the credible basis standard should be concerned only with the other aspects of the definition of “refugee”, namely the existence of a fear of persecution, its reasonableness, its basis, namely his race, religion, nationality, political opinions or social group, but without reference to the availability of or request for protection from the authorities of the country of refuge.

Counsel for the respondent’s argument was untenable: we do not see how it is possible to speak of a reasonable fear of persecution without reference to the means of protection at his disposal. The lack of available protection is the very essence of the fear motivating a refugee. The reason subparagraph (a)(i) of the definition of “refugee” was not reproduced in subsection 46.01(2) is that clearly there could be no question of a person who was unable or unwilling “to avail himself of the protection” of the country to which he had fled for refuge.

⁵ The wording of which is as follows:

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 . . .

le dire mais, de toute façon, il se sentirait en meilleure sécurité au Canada.

C’est cette absence de recherche de protection dans son pays de refuge qui frappa les deux enquêteurs et devint le point central de leur préoccupation, car ni l’un ni l’autre ne mettait en doute la crédibilité de l’intimé comme témoin ou la plausibilité de son récit.

Pour le procureur de l’intimé, cette préoccupation des enquêteurs n’était pas légitime. Sa thèse—qui fut reprise de nouveau devant nous—était que l’élément protection n’avait rien à voir, puisque le sous-alinéa a)(i) de la définition de «réfugié au sens de la Convention» du paragraphe 2(1) [mod., *idem*, art. 1]⁵, où il est question de la possibilité ou de la volonté du revendicateur de demander la protection de son pays, n’était pas repris par référence ou autrement au paragraphe 46.01(2). La vérification, sur la base du minimum de fondement, que les enquêteurs du stade initial étaient tenus de faire ne devait porter, d’après lui, que sur les autres éléments de la définition de réfugié, i.e.: l’existence d’une crainte d’être persécuté, sa raisonnable, son objet soit sa race, sa religion, sa nationalité, ses opinions politiques ou son groupe social, mais sans égard aux possibilités ou recherches de protection des autorités du pays de refuge.

La thèse du procureur de l’intimé était intenable: on ne voit pas comment on pourrait parler de crainte raisonnable d’être persécuté sans avoir égard aux moyens de protection à sa disposition.

Le manque de protection disponible est de l’essence même de la crainte qui anime le réfugié. Si le sous-alinéa a)(i) de la définition de réfugié n’a pas été reproduit au paragraphe 46.01(2), c’est qu’il ne pouvait évidemment pas être question d’une personne qui «ne pourrait pas ou ne voudrait pas se réclamer de la protection» du pays où il s’est rendu pour obtenir refuge.

⁵ Dont je rappelle le texte:

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,

Not only the adjudicator but the member of the Refugee Division himself was quick to reject counsel for the respondent's argument, in very clear language:

In the area of our concern, that of refugees, we feel that the concept of "persecution" which is central to this area cannot be separated from that of "protection", and that it is arbitrary to separate them by playing with the words and paragraphs as has just been done here.

It transpired, however, that despite this initial rejection the member of the Refugee Division did not seem to have shaken off the influence of counsel for the respondent's argument. As we saw, the respondent admitted never having personally sought the protection of the police in his country of refuge and was not in a position to say whether those police had taken or were prepared to take steps to provide him with adequate protection. The fact that this complete absence of evidence on the availability of protection the respondent could obtain in his country of refuge did not seem significant to the member of the Refugee Division was due to the following reasoning:

There are acts of persecution which even states as vigilant as the United Kingdom cannot prevent—such as acts of terrorism, which are precisely what the plaintiff feels threatened by.

In such a context we feel it is really not important whether the plaintiff's claims are realistic or whether he will feel persecuted in any country he goes to. We feel it is likely that the United Kingdom cannot protect the claimant as it seems reasonable for him to seek protection in Canada, as it is not inconceivable that, simply because it is further away from the alleged persecutors or because it is less closely connected with Zaire than the United Kingdom—see the plaintiff's testimony and the arguments of his counsel—Canadian society may provide Mr. Letshou-Olembo with better protection.

What the member of the Refugee Division was required to determine in order to find that the respondent's claim was eligible was that a credible basis existed for the reasonable fear he said he had of being persecuted in the United Kingdom. This required, in my opinion, some positive and credible evidence, not simply reasoning in the abstract as to the likelihood that the United Kingdom would be unable to provide the respondent with complete protection, even accepting the notion that it could not be completely inconceivable that Canada could provide better protection.

Non seulement l'arbitre mais le membre de la section du statut lui-même s'empressa de rejeter la thèse du procureur de l'intimé et ce en des termes très clairs:

a Dans le domaine qui nous préoccupe, celui de réfugié, il nous semble que le concept de «persécution» qui lui est central est indissociable de celui de «protection» et qu'il est arbitraire de les séparer en jouant et avec les mots et avec les paragraphes comme on vient de le faire ici.

b Il arrive cependant que, malgré ce rejet de départ, le membre de la section du statut ne semble pas s'être dégagé de l'influence de la thèse du procureur de l'intimé. On a vu que l'intimé avait admis n'avoir jamais personnellement recouru à la protection des autorités policières de son pays de refuge et n'être pas en mesure de dire si ces autorités policières avaient ou non, et étaient disposées à prendre ou non, les moyens de lui assurer une protection adéquate. Si cette absence totale de preuve sur la disponibilité de la protection que l'intimé pouvait obtenir dans son pays de refuge n'a pas paru de conséquence pour le membre de la section du statut, c'est sur la base du raisonnement que voici:

e Il y a des actes de persécution que même des états aussi vigilants que celui du Royaume-Uni ne peuvent empêcher, des actes de terrorisme, par exemple, dont précisément le demandeur se sent menacé.

f Dans un tel contexte, il importe peu, selon nous, que les exigences du demandeur soient réalistes ou pas ou encore qu'il se sentira persécuté dans chaque pays où il ira. Il nous semble vraisemblable que le Royaume-Uni ne puisse protéger le revendicateur comme il nous semble raisonnable que celui-ci cherche la protection du Canada, car il n'est pas impensable que la société canadienne, tout simplement parce qu'elle est plus éloignée des présumés agents persécuteurs ou et parce qu'elle est moins liée au Zaïre que le Royaume-Uni—voir le témoignage du demandeur et le plaidoyer de son conseil—pour apporter à monsieur Letshou-Olembo une meilleure protection.

h Ce que le membre de la section du statut était tenu de vérifier pour déclarer recevable la revendication de l'intimé, c'était qu'il existait un minimum de fondement du caractère raisonnable de la crainte qu'il disait avoir d'être persécuté au Royaume-Uni. Il lui fallait, pour cela, à mon sens, une certaine preuve positive et digne de foi, et non pas uniquement un simple raisonnement abstrait de vraisemblance quant à l'impuissance du Royaume-Uni de garantir à l'intimé une protection complète même si on l'appuyait de l'idée qu'il ne serait pas totalement impensable que le Canada puisse offrir une protection meilleure.

In my view, the finding by the member of the Refugee Division on the eligibility of the respondent's claim was not based on an adequate determination as to the existence of a credible basis for the reasonable fear he said he had. The member's decision and that resulting from it were not made in accordance with the Act.

These in my opinion are the reasons why the Court should allow this application to review and set aside, set aside the initial decision made on July 27, 1989 on the eligibility and credible basis of the respondent's claim and refer the matter back to an adjudicator and a member of the Refugee Division to be again decided by them on the basis of the record as it stands, but taking into account the observations contained in these reasons.

HUGESSEN J.A.: I concur.

MACGUIGAN J.A.: I concur.

À mon avis, la conclusion du membre de la section du statut quant à la recevabilité de la revendication de l'intimé n'était pas fondée sur une vérification adéquate de l'existence d'un minimum de fondement quant au caractère raisonnable de la crainte qu'il disait avoir. Sa décision et celle qu'elle a entraîné à sa suite n'ont pas été rendues conformément à la Loi.

C'est pour ces raisons qu'à mon avis la Cour doit accueillir cette demande d'examen et d'annulation, annuler la décision de premier stade rendue le 27 juillet 1989 sur la recevabilité et le minimum de fondement de la revendication de l'intimé, et retourner l'affaire à un arbitre et à un membre de la section du statut pour qu'ils la décident de nouveau sur la base du dossier tel que constitué mais en tenant compte des remarques contenues aux présents motifs.

d LE JUGE HUGESSEN, J.C.A.: J'y souscris.

LE JUGE MACGUIGAN, J.C.A.: J'y souscris.

T-1934-87

T-1934-87

Thomas Jackson (Plaintiff)

v.

Disciplinary Tribunal, Joyceville Penitentiary, namely Donald Schlichter, Independent Chairperson and Attorney General of Canada (Defendants)

INDEXED AS: JACKSON v. JOYCEVILLE PENITENTIARY (T.D.)

Trial Division, MacKay J.—Ottawa, March 13, 14, 15, 17, 1989 and February 16, 1990.

Penitentiaries — Mandatory urine sampling for intoxicant detection under Penitentiary Service Regulations, s. 41.1 — Purpose to reduce prison violence — Violating Charter, s. 7 right to liberty and security and s. 8 protection against unreasonable search or seizure as s. 41.1, without criteria for application, permitting custodial staff to require inmate suspected of having ingested intoxicant to provide urine sample.

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Penitentiaries — Mandatory urine sampling for intoxicant detection under Penitentiary Service Regulations, s. 41.1 — Coupled with disciplinary proceedings in case of refusal, s. 41.1 violating Charter, s. 7 by depriving inmate of right to liberty and security of person in manner not in accordance with principles of natural justice.

Constitutional law — Charter of Rights — Criminal process — Search or seizure — Penitentiaries — Mandatory urine sampling procedure for intoxicant detection under Penitentiary Service Regulations, s. 41.1 — In violation of Charter, s. 8 protection against unreasonable search or seizure as regulation not providing criteria for application.

Constitutional law — Charter of Rights — Limitation clause — Penitentiaries — Mandatory urine sampling for intoxicant detection under Penitentiary Service Regulations, s. 41.1 — Purpose of program to reduce prison violence — Limitations, in s. 41.1, on Charter, ss. 7 and 8 rights, in absence of criteria for application, not reasonable limitation prescribed by law within Charter, s. 1.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Penitentiaries — Mandatory urine sampling for intoxicant detection under Penitentiary Service Regulations, s. 41.1 —

Thomas Jackson (demandeur)

c.

Le tribunal disciplinaire, pénitencier de Joyceville, savoir Donald Schlichter, président indépendant et le procureur général du Canada (défendeurs)

RÉPERTORIÉ: JACKSON c. PÉNITENCIER DE JOYCEVILLE (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge MacKay—Ottawa, 13, 14, 15, 17 mars 1989 et 16 février 1990.

Pénitenciers — Analyse d'urines obligatoire en vue de la détection de substances hallucinogènes en vertu de l'art. 41.1 du Règlement sur le service des pénitenciers — Le but visé est la diminution de la violence dans les prisons — L'art. 41.1 viole le droit à la liberté et à la sécurité de la personne prévu par l'art. 7 de la Charte et porte atteinte à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives garantie par l'art. 8 de la Charte, parce qu'en l'absence de critères régissant son application, il permet au personnel du pénitencier d'exiger d'un détenu qu'il fournisse un échantillon d'urines s'il est soupçonné d'avoir absorbé une substance hallucinogène.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Pénitenciers — Analyse d'urines obligatoire en vue de la détection de substances hallucinogènes en vertu de l'art. 41.1 du Règlement sur le service des pénitenciers — Étant donné la possibilité d'audiences disciplinaires en cas de refus, l'art. 41.1 viole l'art. 7 de la Charte car il restreint le droit du détenu à la liberté et à la sécurité de sa personne d'une manière qui n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures criminelles et pénales — Fouilles ou saisies — Pénitenciers — Analyse d'urines obligatoire en vue de la détection de substances hallucinogènes en vertu de l'art. 41.1 du Règlement sur le service des pénitenciers — Porte atteinte à la protection contre les fouilles et les saisies abusives garantie par l'art. 8 de la Charte, car le règlement ne contient aucun critère régissant son application.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Clause limitative — Pénitenciers — Analyse d'urines obligatoire en vue de la détection de substances hallucinogènes en vertu de l'art. 41.1 du Règlement sur le service des pénitenciers — Le but du programme est la diminution de la violence dans les prisons — Les restrictions des droits garantis par les art. 7 et 8 de la Charte, que comporte l'art. 41.1, ne constituent pas, en l'absence de critères régissant son application, une restriction raisonnable prescrite par une règle de droit au sens de l'art. premier de la Charte.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Pénitenciers — Analyse d'urines obligatoire en vue de la détection de substances hallucinogènes en vertu de l'art.

No discrimination contrary to Charter, s. 15 as different treatment due to past crimes, not personal characteristics.

The *Penitentiary Service Regulations* were amended in 1985 to authorize mandatory urine sampling for the detection and deterrence of drug and intoxicant use in federal penitentiaries (section 41.1) and to provide for consequences of positive tests (paragraph 39(i.1)). The program was to include random testing of 10 percent of all inmates every two months. Initially, the urinalysis surveillance program was to be introduced by standing orders at two institutions: Joyceville, Ontario and Cowansville, Quebec. But in August, 1986, the Quebec Superior Court declared that the regulations violated Charter section 7 and were not saved by section 1. That decision is under appeal.

In April, 1987, the plaintiff, an inmate at the Joyceville Penitentiary, was suspected of being under the influence of an intoxicant. He was ordered, under section 41.1 of the Regulations, to provide a urine sample. He refused on the ground that this was a violation of his constitutional rights. He was charged with and convicted of disobeying a lawful order, contrary to paragraph 39(a) of the Regulations.

This was an action for a declaration that section 41.1 of the *Penitentiary Service Regulations* contravenes sections 7, 8 and 15 of the Charter.

Held, the action should be allowed.

Charter Section 8

The requirement to give a sample was a search within the meaning of Charter section 8. The inmate could not be said to have been free to refuse where the punishment for refusing was the same as for having consumed intoxicants. The search here authorized was unreasonable within the meaning of section 8.

The facts pleaded and established restricted the issue to those circumstances clearly described within a narrow construction of section 41.1 of the Regulations as it related to the situation where a staff member believed or suspected that the plaintiff had consumed an intoxicant "other than brew". The Commissioner's directives do not have the force of law and could not qualify the words of the regulation in question nor prescribe a limit within the meaning of section 1 of the Charter. Nevertheless, in the world of government operations today a variety of initiatives are taken as outlined by a variety of documents and instruments purporting to be under general statutes and regulations, as the Government of Canada's Regulatory Reform Program itself implicitly acknowledges. There is therefore much to be said for a broad judicial conception of what constitutes law or legal action if the Charter of Rights is to be given full scope in its application to governmental action. However, in this case, section 41.1 of the Regulations was to be read without modification or qualification derived from the directives and standing orders that dealt with its application. And as enacted, without any express criteria, other than considering it necessary, section 41.1 did not meet the qualification

41.1 du Règlement sur le service des pénitenciers — Il ne s'agit pas de discrimination interdite par l'art. 15 de la Charte, puisque le traitement distinct découle de crimes passés et non de caractéristiques personnelles.

Le *Règlement sur le service des pénitenciers* a été modifié en 1985 afin que soit autorisée l'analyse d'urines obligatoire en vue de détecter la présence de drogues dans les pénitenciers et de dissuader les détenus d'en faire usage (article 41.1) et afin que soient précisées les conséquences d'un résultat positif (alinéa 39i.1)). D'après le programme, dix pour cent de tous les détenus devaient être choisis au hasard tous les deux mois et soumis à une analyse. À l'origine, le programme de surveillance au moyen d'analyses d'urines devait être instauré en vertu d'ordres permanents dans deux établissements: celui de Joyceville en Ontario et celui de Cowansville au Québec. Mais en août 1986, la Cour supérieure du Québec a déclaré que le règlement violait l'article 7 de la Charte et ne constituait pas une exception visée par l'article premier. Cette décision a été portée en appel.

En avril 1987, le demandeur, détenu au pénitencier de Joyceville, a été soupçonné d'être sous l'empire d'une substance hallucinogène. Il a reçu l'ordre de fournir un échantillon d'urines conformément à l'article 41.1 du Règlement. Il a refusé parce qu'à son avis, cet ordre était contraire à ses droits constitutionnels. Il a été inculpé et déclaré coupable de l'infraction prévue à l'alinéa 39a) du Règlement, savoir désobéissance à un ordre légitime.

Cette action visait l'obtention d'une déclaration portant que l'article 41.1 du *Règlement sur le service des pénitenciers* transgresse les articles 7, 8 et 15 de la Charte.

Jugement: il devrait être fait droit à l'action.

L'article 8 de la Charte

L'obligation de fournir un échantillon constituait une fouille au sens de l'article 8 de la Charte. On ne pouvait affirmer que le détenu avait la faculté de refuser puisqu'il encourait la même sanction en cas de refus qu'en cas de consommation de substances hallucinogènes. La fouille autorisée en l'espèce était abusive au sens de l'article 8.

Vu les faits allégués et prouvés, la question se ramenait aux circonstances clairement décrites, selon une interprétation stricte de l'article 41.1 du Règlement, savoir le fait qu'un membre du personnel avait cru ou soupçonné que Jackson avait consommé une substance hallucinogène «autre qu'un alcool de fabrication artisanale». Les directives du commissaire n'ont pas force de loi et elles ne pouvaient pas assortir le règlement en cause d'une réserve ni prescrire une limite au sens de l'article premier de la Charte. Néanmoins, dans le vaste domaine des activités de l'État aujourd'hui, diverses actions sont accomplies dans l'application de divers actes et instruments censés avoir été pris en conformité avec des lois et des textes réglementaires de portée générale, comme le reconnaît implicitement le Programme de la réforme de la réglementation fédérale. Par conséquent, les tribunaux seraient peut-être bien avisés en adoptant une interprétation large de ce qui constitue une règle de droit ou une action prévue par la loi si la Charte des droits doit s'appliquer intégralement à l'action de l'État. Il fallait toutefois, en l'espèce, interpréter l'article 41.1 du Règlement sans tenir compte des modifications ou des réserves qui découlaient des directives et des ordres permanents régissant, en

that the law providing for the search be reasonable in order to meet the standards of section 8 of the Charter.

Charter Section 7

Section 41.1, coupled with disciplinary action for failure to provide a specimen when ordered to do so, constituted a deprivation of fundamental rights of inmates to liberty and security of the person. That deprivation, in the absence of criteria for requiring a specimen, was not in accordance with the principles of natural justice.

Charter Section 1

The evidence established that the presence of intoxicants in the prison setting created serious problems including a greater risk and level of violence that affected institutional security for both convicts and staff. But while the ultimate objective of controlling drugs to improve safety and security within institutions presented societal concerns that were pressing and substantial in a free and democratic society, and while the measures planned to deter and detect the unauthorized consumption of drugs and intoxicants were not unusual in other free and democratic societies, the means selected, given the lack of standards or criteria limiting the authority to search, were unreasonable. Section 41.1 was therefore not a reasonable limitation within section 1 of the Charter.

Charter Section 15

The allegation was that the plaintiff was within the only class of persons in Canada, namely prison inmates, required by law to submit urine samples or face penal consequences for failing to do so. Even if this were so, this differentiation was not discriminatory within the meaning of section 15. It was not related to any of the enumerated and prohibited grounds, or analogous grounds, which concern personal characteristics. The difference in treatment of convicts as a group arose not from personal characteristics but from past conduct in the nature of criminal activities. Differences of this sort are not prohibited by the Charter.

The plaintiff was also entitled to a declaration that his conviction by the disciplinary tribunal was unlawful and of no force and effect.

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, 7, 8, 15, 24(1).

Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 497.

Constitution Act, 1982, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52(1).

l'occurrence, son application. Et tel quel, sans critères explicites, sauf le fait pour un agent de juger la mesure nécessaire, l'article 41.1 du Règlement ne pouvait être considéré comme une loi raisonnable autorisant des fouilles et il ne satisfaisait donc pas aux exigences de l'article 8 de la Charte.

^a L'article 7 de la Charte

L'article 41.1, dont l'application est combinée à la prise de sanctions disciplinaires conformément aux ordres permanents en cas d'omission de fournir un échantillon en dépit d'un ordre reçu, constituait une atteinte aux droits fondamentaux des détenus à la liberté et à la sécurité de leur personne. Cette atteinte, en l'absence de critères suivant lesquels un échantillon pouvait être exigé, n'était pas conforme aux principes de justice fondamentale.

^b

L'article premier de la Charte

Il est ressorti de toute évidence de la preuve que la présence de substances hallucinogènes dans les établissements pénitentiaires créait de très graves problèmes, entre autres en augmentant le risque et le degré de violence qui menaçaient la sécurité de ces établissements tant pour le personnel que pour les détenus. Certes, l'objectif premier du règlement, savoir la prévention de l'usage des drogues en vue de l'amélioration de la sûreté et de la sécurité dans les établissements, donnait lieu à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique, et les mesures qui étaient prévues à titre dissuasif et afin de déceler la consommation non autorisée de drogues et de substances hallucinogènes n'étaient pas exceptionnelles dans d'autres sociétés libres et démocratiques, mais les moyens choisis, étant donné l'absence de normes ou de critères limitant les pouvoirs attribués en matière de fouille, étaient abusifs. L'article 41.1 n'était donc pas une limite raisonnable au sens de l'article premier de la Charte.

L'article 15 de la Charte

^f Selon une allégation faite en l'espèce, le demandeur aurait appartenu au seul groupe au Canada, savoir celui des détenus, dont les membres étaient tenus aux termes de la loi de se soumettre à une analyse d'urines sous peine de sanctions pénales. Même si cette assertion avait été véridique, la différenciation n'était pas discriminatoire au sens de l'article 15. Elle ne se rapportait pas à l'un ou l'autre des motifs énumérés et interdits, ou motifs analogues, qui touchent des caractéristiques personnelles. Le traitement distinct dont faisaient l'objet les détenus, en tant que groupe, ne découlait pas de caractéristiques personnelles mais bien de leur conduite passée, qui était répréhensible. Ces distinctions-là ne sont pas interdites par la Charte.

^h Le demandeur avait également droit à une déclaration portant que la déclaration de culpabilité prononcée par le tribunal disciplinaire était illégale et inopérante.

LOIS ET RÈGLEMENTS

ⁱ

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, 7, 8, 15, 24(1).

Code de procédure civile, L.R.Q., chap. C-25, art. 497.

Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985),

^j

Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 420.
Penitentiary Act, R.S.C., 1985, c. P-5, ss. 35(4), 37.
Penitentiary Service Regulations, C.R.C., c. 1251, ss. 2
 (as am. by SOR/85-412, s. 1), 39(a),(i),(i.1) (as enacted
idem, s. 2),(j), 41(2)(c) (as am. by SOR/80-462,
 s. 1), 41.1 (as enacted by SOR/85-412, s. 3).

Appendice II, n° 44], art. 52(1).
Loi sur les pénitenciers, L.R.C. (1985), chap. P-5,
 art. 35(4), 37.
Règlement sur le service des pénitenciers, C.R.C.,
 chap. 1251, art. 2 (mod. par DORS/85-412, art. 1),
 39a),i),i.1) (édicte, idem, art. 2), j), 41(2)c) (mod. par
 DORS/80-462, art. 1), 41.1 (édicte, par DORS/85-
 412, art. 3).
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle
 420.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Dion c. Procureur général du Canada, [1986] R.J.Q.
 2196; 30 C.C.C. (3d) 108; [1986] D.L.Q. 353 (S.C.); *R.*
v. Collins, [1987] 1 S.C.R. 265; (1987), 38 D.L.R. (4th)
 508; [1987] 3 W.W.R. 699; 13 B.C.L.R. (2d) 1; 33
 C.C.C. (3d) 1; 56 C.R. (3d) 193; 28 C.R.R. 122; 74 N.R.
 276; *Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1
 F.C. 18; (1988), 65 C.R. (3d) 27; 19 F.T.R. 160; 86 N.R.
 168 (C.A.); revg in part [1988] 1 F.C. 369; (1987), 59
 C.R. (3d) 247; 11 F.T.R. 279 (T.D.); *Martineau et al. v.*
Matsqui Institution Inmate Disciplinary Board, [1978] 1
 S.C.R. 118; (1977), 74 D.L.R. (3d) 1; 33 C.C.C. (2d)
 366; 14 N.R. 285; *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 DTC 6467; 55 N.R. 241; *Singh et al. v.*
Minister of Employment and Immigration, [1985] 1
 S.C.R. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R.
 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1; *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; *Re B.C. Motor Vehicle Act*,
 [1985] 2 S.C.R. 486; (1985), 24 D.L.R. (4th) 536;
 [1986] 1 W.W.R. 481; 69 B.C.L.R. 145; 23 C.C.C. (3d)
 289; 48 C.R. (3d) 289; 18 C.R.R. 30; 36 M.V.R. 240; 63
 N.R. 266; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; (1988),
 63 O.R. (2d) 281; 44 D.L.R. (4th) 385; 37 C.C.C. (3d)
 449; 62 C.R. (3d) 1; 31 C.R.R. 1; 82 N.R. 1; 26 O.A.C.
 1; *Re Ontario Film & Video Appreciation Society and*
Ontario Board of Censors (1984), 45 O.R. (2d) 80; 5
 D.L.R. (4th) 766; 38 C.R. (3d) 271; 2 O.A.C. 388
 (C.A.); *Luscher v. Deputy Minister, Revenue Canada,*
Customs and Excise, [1985] 1 F.C. 85; (1985), 17
 D.L.R. (4th) 503; 9 C.E.R. 229; 45 C.R. (3d) 81; 15
 C.R.R. 167; [1985] 1 C.T.C. 246; 57 N.R. 386 (C.A.);
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.

DISTINGUISHED:

R. v. Katsigiorgis (1987), 62 O.R. (2d) 441; 39 C.C.C.
 (3d) 256; 4 M.V.R. (2d) 102; 23 O.A.C. 27 (C.A.); *R. v.*
L.A.R. (1985), 17 D.L.R. (4th) 268; [1985] 3 W.W.R.
 289; 32 Man. R. (2d) 291; 18 C.C.C. (3d) 104; 45 C.R.
 (3d) 209; 14 C.R.R. 328; 32 M.V.R. 61 (C.A.); *R. v.*
Beare, [1988] 2 S.C.R. 387; (1988), 55 D.L.R. (4th) 481;

b JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Dion c. Procureur général du Canada, [1986] R.J.Q.
 2196; 30 C.C.C. (3d) 108; [1986] D.L.Q. 353 (C.S.); *R.*
c. Collins, [1987] 1 R.C.S. 265; (1987), 38 D.L.R. (4th)
 508; [1987] 3 W.W.R. 699; 13 B.C.L.R. (2d) 1; 33
 C.C.C. (3d) 1; 56 C.R. (3d) 193; 28 C.R.R. 122; 74 N.R.
 276; *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1
 C.F. 18; (1988), 65 C.R. (3d) 27; 19 F.T.R. 160; 86 N.R.
 168 (C.A.); infirmant en partie [1988] 1 C.F. 369;
 (1987), 59 C.R. (3d) 247; 11 F.T.R. 279 (1^{re} inst.);
Martineau et autre c. Comité de discipline des détenus
de l'Institution de Matsqui, [1978] 1 R.C.S. 118; (1977),
 74 D.L.R. (3d) 1; 33 C.C.C. (2d) 366; 14 N.R. 285;
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 DTC 6467; 55 N.R. 241; *Singh et autres*
c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration, [1985] 1
 R.C.S. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R.
 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1; *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; *Remvoi: Motor Vehicle Act de la*
C.-B., [1985] 2 R.C.S. 486; (1985), 24 D.L.R. (4th) 536;
 [1986] 1 W.W.R. 481; 69 B.C.L.R. 145; 23 C.C.C. (3d)
 289; 48 C.R. (3d) 289; 18 C.R.R. 30; 36 M.V.R. 240; 63
 N.R. 266; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; (1988),
 63 O.R. (2d) 281; 44 D.L.R. (4th) 385; 37 C.C.C. (3d)
 449; 62 C.R. (3d) 1; 31 C.R.R. 1; 82 N.R. 1; 26 O.A.C.
 1; *Re Ontario Film & Video Appreciation Society and*
Ontario Board of Censors (1984), 45 O.R. (2d) 80; 5
 D.L.R. (4th) 766; 38 C.R. (3d) 271; 2 O.A.C. 388
 (C.A.); *Luscher c. Sous-ministre, Revenu Canada,*
Douanes et Accise, [1985] 1 C.F. 85; (1985), 17 D.L.R.
 (4th) 503; 9 C.E.R. 229; 45 C.R. (3d) 81; 15 C.R.R. 167;
 [1985] 1 C.T.C. 246; 57 N.R. 386 (C.A.); *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.

DISTINCTION FAITE AVEC:

R. v. Katsigiorgis (1987), 62 O.R. (2d) 441; 39 C.C.C.
 (3d) 256; 4 M.V.R. (2d) 102; 23 O.A.C. 27 (C.A.); *R. v.*
L.A.R. (1985), 17 D.L.R. (4th) 268; [1985] 3 W.W.R.
 289; 32 Man. R. (2d) 291; 18 C.C.C. (3d) 104; 45 C.R.
 (3d) 209; 14 C.R.R. 328; 32 M.V.R. 61 (C.A.); *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.

CONSIDERED:

R. v. Noble (1984), 48 O.R. (2d) 643; 14 D.L.R. (4th) 216; 16 C.C.C. (3d) 146; 42 C.R. (3d) 209; 12 C.R.R. 138; 6 O.A.C. 11 (C.A.).

REFERRED TO:

Mills v. The Queen, [1986] 1 S.C.R. 863; (1986), 29 D.L.R. (4th) 161; 26 C.C.C. (3d) 481; 52 C.R. (3d) 1; 67 N.R. 241; *Law v. Solicitor General of Canada*, [1985] 1 F.C. 62; (1984), 11 D.L.R. (4th) 608; 57 N.R. 45 (C.A.); *Zwarich v. Canada (Attorney General)*, [1987] 3 F.C. 253; (1987), 26 Admin. L.R. 295; 87 C.L.L.C. 14,053; 31 C.R.R. 244; 82 N.R. 341 (C.A.); *Tétreault-Gadoury v. Canada (Canada Employment and Immigration Commission)*, [1989] 2 F.C. 245; (1988), 53 D.L.R. (4th) 384; 33 Admin. L.R. 244; 23 C.C.E.L. 103; 88 CLLC 14,050; 88 N.R. 6 (C.A.); leave to appeal granted [1989] 2 S.C.R. 1110; *Canada (Attorney General) v. Vincer*, [1988] 1 F.C. 714; (1987), 46 D.L.R. (4th) 165; 82 N.R. 352 (C.A.); *Alli v. Canada (Attorney General)* (1988), 88 N.R. 1 (F.C.A.); *Canada (Procureur général) v. Sirois* (1988), 90 N.R. 39 (F.C.A.); *R. v. Racette* (1988), 48 D.L.R. (4th) 412; [1988] 2 W.W.R. 318; 61 Sask. R. 248; 39 C.C.C. (3d) 289; 6 M.V.R. (2d) 55 (Sask. C.A.); *R. v. Dymont* (1986), 57 Nfld. & P.E.I.R. 210; 26 D.L.R. (4th) 399; 170 A.P.R. 210; 25 C.C.C. (3d) 120; 49 C.R. (3d) 338; 38 M.V.R. 222 (P.E.I.C.A.); *R. v. Enns* (1987), 85 A.R. 7; 3 W.C.B. (2d) 186 (Prov. Ct.); *R. v. Holman* (1982), 28 C.R. (3d) 378; 16 M.V.R. 225 (B.C. Prov. Ct.); *Jensen v. Lick*, 589 F. Supp. 35 (Dist. Ct. 1984); *Spence v. Farrier*, 807 F.2d 753 (8th Cir. 1986); *Peranzo v. Coughlin*, 675 F. Supp. 102 (S.D.N.Y. 1987); *National Treasury Employees Union v. Von Raab*, 816 F.2d 170 (5th Cir. 1987) upheld on appeal 103 L.Ed. 2d 685 (1989); *McDonell v. Hunter*, 809 F.2d 1302 (8th Cir. 1987); *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; *Lanza v. New York*, 370 U.S. 139 (Ct. App. N.Y. 1962); *Bell v. Wolfish*, 441 U.S. 520 (2nd Cir. 1979); *Hudson v. Palmer*, 468 U.S. 517 (4th Cir. 1984); *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; *Skinner v. Railway Labor Executives' Assn.*, 103 L.Ed 2d 639 (1989); *Mack v. U.S., F.B.I.*, 653 F.Supp. 70 (S.D.N.Y. 1986); appeal dismissed 814 F.2d 120 (2nd Cir. 1987); *Shoemaker v. Handel*, 795 F.2d 1136 (3rd Cir. 1986).

COUNSEL:

Fergus J. O'Connor and *Donald A. Bailey* for plaintiff.
J. Grant Sinclair, Q.C. and *Brian J. Saunders* for defendants.

[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.

DÉCISION EXAMINÉE:

R. v. Noble (1984), 48 O.R. (2d) 643; 14 D.L.R. (4th) 216; 16 C.C.C. (3d) 146; 42 C.R. (3d) 209; 12 C.R.R. 138; 6 O.A.C. 11 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

Mills c. La Reine, [1986] 1 R.C.S. 863; (1986), 29 D.L.R. (4th) 161; 26 C.C.C. (3d) 481; 52 C.R. (3d) 1; 67 N.R. 241; *Law c. Solliciteur général du Canada*, [1985] 1 C.F. 62; (1984), 11 D.L.R. (4th) 608; 57 N.R. 45 (C.A.); *Zwarich c. Canada (Procureur général)*, [1987] 3 C.F. 253; (1987), 26 Admin. L.R. 295; 87 C.L.L.C. 14,053; 31 C.R.R. 244; 82 N.R. 341 (C.A.); *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada)*, [1989] 2 C.F. 245; (1988), 53 D.L.R. (4th) 384; 33 Admin. L.R. 244; 23 C.C.E.L. 103; 88 CLLC 14,050; 88 N.R. 6 (C.A.); autorisation de pourvoi accordée [1989] 2 R.C.S. 1110; *Canada (Procureur général) c. Vincer*, [1988] 1 C.F. 714; (1988), 46 D.L.R. (4th) 165; 82 N.R. 352 (C.A.); *Alli c. Canada (Procureur général)* (1988), 88 N.R. 1 (C.A.F.); *Canada (Procureur général) c. Sirois* (1988), 90 N.R. 39 (C.A.F.); *R. v. Racette* (1988), 48 D.L.R. (4th) 412; [1988] 2 W.W.R. 318; 61 Sask. R. 248; 39 C.C.C. (3d) 289; 6 M.V.R. (2d) 55 (C.A. Sask.); *R. v. Dymont* (1986), 57 Nfld. & P.E.I.R. 210; 26 D.L.R. (4th) 399; 170 A.P.R. 210; 25 C.C.C. (3d) 120; 49 C.R. (3d) 338; 38 M.V.R. 222; (C.A. Î.-P.-É.); *R. v. Enns* (1987), 85 A.R. 7; 3 W.C.B. (2d) 186 (C. prov.); *R. v. Holman* (1982), 28 C.R. (3d) 378; 16 M.V.R. 225 (C. prov. C.-B.); *Jensen v. Lick*, 589 F. Supp. 35 (Dist. Ct. 1984); *Spence v. Farrier*, 807 F.2d 753 (8th Cir. 1986); *Peranzo v. Coughlin*, 675 F. Supp. 102 (S.D.N.Y. 1987); *National Treasury Employees Union v. Von Raab*, 816 F.2d 170 (5th Cir. 1987) confirmé en appel par 103 L.Ed. 2d 685 (1989); *McDonell v. Hunter*, 809 F.2d 1302 (8th Cir. 1987); *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; *Lanza v. New York*, 370 U.S. 139 (Ct. App. N.Y. 1962); *Bell v. Wolfish*, 441 U.S. 520 (2nd Cir. 1979); *Hudson v. Palmer*, 468 U.S. 517 (4th Cir. 1984); *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; *Skinner v. Railway Labour Executives' Assn.*, 103 L.Ed. 2d 639 (1989); *Mack v. U.S., F.B.I.*, 653 F.Supp. 70 (S.D.N.Y. 1986); appel rejeté 814 F.2d 120 (2nd Cir. 1987); *Shoemaker v. Handel*, 795 F.2d 1136 (3rd Cir. 1986).

AVOCATS:

Fergus J. O'Connor et *Donald A. Bailey* pour le demandeur.
J. Grant Sinclair, c.r. et *Brian J. Saunders* pour les défendeurs.

SOLICITORS:

O'Connor, Ecclestone and Kaiser, Kingston, Ontario, for plaintiff.

Deputy Attorney General of Canada for defendants. ^a

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MACKAY J.:

Introduction: The Issues

The plaintiff, an inmate of Joyceville Penitentiary, seeks relief in the form of declarations that would protect his right, as he claims it under 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]], to decline to provide a urine sample when ordered to do so by custodial staff in the institution. His refusal to provide a sample when ordered to do so became the subject of disciplinary proceedings before the defendant tribunal.

When charged with failure to obey a lawful order under paragraph 39(a) of the *Penitentiary Service Regulations*, C.R.C., c. 1251 as amended, the plaintiff submitted written defence that the order in question was not lawful because section 41.1 [as enacted by SOR/85-412, s. 3] of the Regulations, under which the order was made, authorized a mandatory urine sampling procedure that was unconstitutional and inconsistent with the Charter of Rights and Freedoms and therefore unconstitutional. At the time of the disciplinary proceedings that section of the Regulations had already been declared by the Quebec Superior Court to be contrary to section 7 of the Charter, and not to constitute a reasonable limitation justifiable in a free and democratic society within the meaning of section 1 of the Charter: see *Dion c. Procureur général du Canada*, [1986] R.J.Q. 2196 (S.C.), per Galipeau J. In Jackson's case the tribunal ruled that it did not have jurisdiction to deal with the constitutional validity of the *Penitentiary Service Regulations* in issue, and that failure to provide a sample when ordered to do so constituted a refusal to obey a lawful order. Sentence was

PROCUREURS:

O'Connor, Ecclestone and Kaiser, Kingston (Ontario), pour le demandeur.

Le sous-procureur général du Canada, pour les défendeurs.

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

LE JUGE MACKAY:

Introduction: Les questions en litige

Le demandeur, détenu au pénitencier de Joyceville, demande une réparation sous forme de jugement déclaratoire qui protégerait son droit, garanti d'après lui par 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]], de refuser de fournir un échantillon d'urine quand un membre du personnel de l'établissement lui en donne l'ordre. Son refus d'obéir à l'ordre de fournir un échantillon a donné lieu à une audience du tribunal disciplinaire défendeur. ^c

Lorsqu'il a été inculpé d'omission d'obéir à un ordre légitime, soit l'infraction prévue à l'alinéa 39a) du *Règlement sur le service des pénitenciers*, C.R.C., chap. 1251, modifié, le demandeur a présenté une défense par écrit. Il y soutenait que l'ordre en question n'était pas légitime parce que l'article 41.1 [édicte par DORS/85-412, art. 3] du Règlement, aux termes duquel l'ordre avait été donné, permettait la prise d'une mesure obligatoire, c'est-à-dire la remise d'un échantillon d'urine, qui était inconstitutionnelle, notamment contraire à la Charte des droits et libertés. Au moment de l'audience du tribunal disciplinaire, la Cour supérieure du Québec avait déjà déclaré que cet article du Règlement contrevenait à l'article 7 de la Charte et ne constituait pas une limite raisonnable et justifiable dans une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la Charte: voir *Dion c. Procureur général du Canada*, [1986] R.J.Q. 2196 (C.S.), juge Galipeau. Quant à Jackson, le tribunal a dit ne pas être compétent pour connaître de la validité constitutionnelle du *Règlement sur le service des pénitenciers* et il a conclu que la désobéissance à

withheld pending disposition of proceedings which by then had been initiated in this Court.

In this Court the plaintiff initially sought an order of prohibition against the tribunal continuing to deal with the matter on the grounds that by declining to consider whether the order in question was lawful in light of the Charter the tribunal had failed to properly exercise its jurisdiction, and that section 41.1 of the *Penitentiary Service Regulations* authorizing mandatory urine samples violates one or more of sections 7, 8 and 15 of the Charter.

On motion of the Attorney General of Canada, approved by order of my colleague Mr. Justice Dubé, the issues arising from the plaintiff's application which involve the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* were directed to be resolved by an action between the parties. The plaintiff's original application for an order of prohibition was simultaneously adjourned. A statement of claim was filed commencing this action, and subsequently it was amended to include the Attorney General of Canada as a party defendant.

Preparations were made for trial including agreement between counsel that this action should be concerned only with issues involving the Charter as set out in the statement of claim. Other relief therein claimed in relation to other aspects of the Disciplinary Tribunal's proceedings would not be pursued at this time, without prejudice to possible subsequent pursuit of these claims by the plaintiff.

After commencement of the trial counsel for the plaintiff discovered that the statement of claim, amended and relied upon throughout pre-trial discovery and discussions, omitted reference to section 15 of the Charter as being contravened by the *Penitentiary Service Regulations* here in issue. He sought leave at that late juncture to amend the statement of claim. That motion was opposed by counsel for the defendants in light of the prior agreement of counsel, the lateness of the timing of the motion when there had been adequate opportunity before trial to seek amendment, and because

l'ordre de fournir un échantillon constituait un refus d'obéir à un ordre légitime. Le tribunal s'est abstenu de prononcer la sentence en attendant que cette Cour statue sur la procédure dont elle avait déjà été saisie.

Devant cette Cour, le demandeur a d'abord demandé que soit rendue une ordonnance interdisant au tribunal de conserver la connaissance du litige pour la raison qu'en refusant de statuer sur la légitimité de l'ordre en cause à la lumière de la Charte, le tribunal n'avait pas valablement exercé sa juridiction et pour la raison que l'article 41.1 du *Règlement sur le service des pénitenciers*, qui permet d'exiger que soient remis des échantillons d'urines, viole l'un ou l'autre des articles 7, 8 et 15 de la Charte.

Sur requête du procureur général du Canada, mon collègue le juge Dubé a ordonné que les questions découlant de la demande du demandeur mettant en jeu la *Charte canadienne des droits et libertés* soient tranchées dans le cadre d'une action entre les parties. La demande initiale du demandeur visant la délivrance d'un bref de prohibition a alors été ajournée. La présente instance a été introduite au moyen d'une déclaration qui a par la suite été modifiée afin que le procureur général du Canada soit constitué partie défenderesse.

Les avocats ont entamé les préparatifs de mise en état de l'affaire, notamment en se mettant d'accord pour que le débat soit circonscrit autour des questions touchant la Charte qui sont énoncées dans la déclaration. Les autres réparations demandées dans celle-ci à l'égard d'autres aspects de l'audience tenue par le tribunal disciplinaire seraient laissées de côté, sous réserve du droit du demandeur de les faire valoir ultérieurement.

Après le début du procès, l'avocat du demandeur s'est rendu compte que la déclaration, bien que modifiée et invoquée au cours de l'interrogatoire préalable et des discussions qui ont précédé le procès, ne faisait pas mention de l'incompatibilité entre l'article 15 de la Charte et les dispositions litigieuses du *Règlement sur le service des pénitenciers*. Il a donc demandé tardivement l'autorisation de modifier la déclaration. L'avocat des défendeurs s'est opposé à cette requête, étant donné l'accord antérieur entre les avocats, le retard à présenter la requête—l'autre partie ayant eu suffi-

he was not at that stage prepared to deal in argument with section 15 of the Charter. After hearing counsel, with their cooperation assured and time available to prepare argument on the added ground, I allowed the plaintiff's motion. The statement of claim was amended pursuant to Rule 420 of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663], for reasons then set out separately and filed in the Court file.

In the result the issues to be resolved in this trial include those underlying the relief claimed by the plaintiff in paragraphs 7(a) and 7(b) of the statement of claim as finally amended. That relief included

(a) a Declaration that the Defendants (tribunal) unlawfully declined jurisdiction in failing to rule on whether or not section 41.1 of the Penitentiary Service Regulations contravened the Canadian Charter of Rights and Freedoms; and

(b) a Declaration that section 41.1 of the Penitentiary Service Regulations does contravene the Canadian Charter of Rights and Freedoms, and in particular section 7 and section 8 and section 15 thereof.

Facts of the Case

The facts of this case are essentially quite simple. The plaintiff, Thomas Jackson, was an inmate at Joyceville, a medium security institution, from December 1986. He had previously been there in the years from 1978 to 1982 and he had earlier also been an inmate at Collins Bay and at Millhaven institutions. In his experience before his current sentence there had been no requirement for mandatory urine samples and testing.

On April 29, 1987 at about noon Mr. Jack Izatt, a living unit officer employed with the Correctional Service of Canada at Joyceville, with responsibilities in relation to the living unit range which contained Jackson's cell, completed a regular count of inmates then present in the living range. He noticed the plaintiff Jackson in his cell, lying on his bed presumably asleep. Some ten minutes later, after verification of the count, Izatt again walked down the range to check with inmates then present whether they were soon leaving to return to work or to go elsewhere, or whether they would remain in the range unit and thus be under his general supervision. At that time he called out to

samment de temps pour demander la modification avant le procès—et le fait que lui-même n'avait pas à ce moment-là préparé son argumentation relativement à l'article 15 de la Charte. Après avoir entendu les avocats, qui m'ont assuré de leur collaboration et qui disposeront du temps nécessaire pour préparer leur argumentation au sujet du motif ajouté, j'ai fait droit à la requête du demandeur. La déclaration a été modifiée conformément à la Règle 420 des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., chap 663], pour les motifs donnés à cette occasion et versés au dossier de la Cour.

En conséquence, les questions à trancher dans ce procès sont celles qui fondent la demande de réparation formulée aux paragraphes 7a) et b) de la déclaration, dans sa dernière version. Cette demande de réparation comprenait

[TRADUCTION] a) Une déclaration portant que les défendeurs (le tribunal) se sont abstenus, sans droit, d'exercer leur juridiction en refusant de statuer sur la question de savoir si l'article 41.1 du Règlement sur le service des pénitenciers transgressait la Charte canadienne des droits et libertés;

b) une déclaration portant que l'article 41.1 du Règlement sur le service des pénitenciers transgresse la Charte canadienne des droits et libertés, en particulier les articles 7, 8 et 15 de celle-ci.

Faits de la cause

Les faits sont au fond assez simples. Le demandeur, Thomas Jackson, était détenu à l'établissement à sécurité moyenne de Joyceville depuis décembre 1986. Il y avait déjà été détenu de 1978 à 1982 et il avait purgé auparavant une peine aux établissements de Collins Bay et de Millhaven. C'était la première fois qu'il avait l'obligation de fournir des échantillons d'urines en vue d'une analyse.

Vers midi le 29 avril 1987, M. Jack Izatt, agent d'unité résidentielle du Service correctionnel du Canada à Joyceville, dont les fonctions concernaient la rangée de cellules dans laquelle se trouvait celle de Jackson, a fait comme à l'ordinaire le dénombrement des détenus de cette rangée. Il a remarqué que le demandeur Jackson était dans sa cellule, dormant vraisemblablement dans son lit. Environ dix minutes plus tard, après avoir vérifié le compte, Izatt a parcouru de nouveau la rangée pour demander aux détenus qui étaient là s'ils allaient bientôt retourner travailler ou aller ailleurs, ou s'ils comptaient rester dans leur cellule, auquel cas ils seraient sous sa surveillance géné-

Jackson who appeared to be asleep and who responded only after two or three calls, and who indicated then that he was not going to work but was staying where he was.

About an hour later Izatt and others working under Mr. Alexander Lubimiv, a living unit supervisor at Joyceville, were directed by the latter that a search would be conducted of range 1-D, the range containing Jackson's cell. Lubimiv and another officer remained at the head of the range to direct inmates to the range common room and to block the barrier providing access to the rest of the cell block building. Izatt proceeded to the far end of the range to direct any inmates there present to go to the range common room while the search of the range was completed. Again, as he had done earlier, Izatt had to call two or three times to waken Jackson whose cell was at the far end of the range. When he had awakened him he directed Jackson to the common room since staff were going to conduct a search. Jackson got up, put on his jacket, left his cell and proceeded down the range toward Lubimiv. Izatt says he noticed Jackson swaying from side to side, saw him bounce against projecting handles of some of the doors but then he noticed that Jackson seemed to straighten up. Izatt followed Jackson, checking on other cells. He observed Jackson gesticulating with his hands and talking loudly to Lubimiv who appeared to be directing Jackson into the common room.

Lubimiv, who had remained at the head of the range, testified that he observed Jackson walking from his cell. When he got near the head of the range, instead of turning into the common room as expected, he continued moving the short distance towards Lubimiv as though to push past him but he stopped just before reaching Lubimiv. When asked where he was going, Jackson said he was going to the committee room, that he was a committee man and that he had a meeting which was to have started at 12:30. He was told by Lubimiv there was a search underway, that he could not then go to the committee room which was outside the range unit, and he would have to go to the common room. Jackson complied, though only

rare. À ce moment-là, il a appelé Jackson, qui semblait dormir et qui n'a répondu qu'après deux ou trois appels pour dire qu'il n'allait pas travailler mais rester là où il était.

a

Approximativement une heure plus tard, Izatt et d'autres employés ont reçu l'ordre de M. Alexander Lubimiv, surveillant d'unité résidentielle à Joyceville, d'effectuer une fouille de la rangée 1-D, celle où se trouvait la cellule de Jackson. Lubimiv et un autre agent se sont placés au début de la rangée pour diriger les détenus vers la salle commune de cette rangée et pour les empêcher de s'approcher de la barrière donnant accès au reste du bloc cellulaire. Izatt s'est rendu à l'extrémité de la rangée pour demander aux détenus qui s'y trouvaient de se rendre à la salle commune de la rangée pendant que la fouille des cellules serait effectuée. Une fois de plus, Izatt a dû appeler Jackson deux ou trois fois pour le réveiller. Sa cellule était à l'extrémité de la rangée. Après l'avoir réveillé, Izatt lui a demandé de se rendre à la salle commune parce que les agents allaient faire une fouille. Jackson s'est levé, a mis son veston, a quitté sa cellule et s'est dirigé vers Lubimiv, au bout de la rangée. Izatt a dit avoir remarqué que Jackson oscillait de gauche à droite, l'avoir vu heurter les poignées en saillie de quelques portes, mais avoir constaté ensuite que Jackson semblait avoir retrouvé son équilibre. Izatt a suivi Jackson, en vérifiant les autres cellules. Il a observé Jackson qui gesticulait et parlait d'une voix forte à Lubimiv, qui semblait lui ordonner d'aller à la salle commune.

g

Lubimiv, qui était resté au début de la rangée, a témoigné qu'il avait observé Jackson à la sortie de sa cellule. Quant celui-ci est arrivé près du début de la rangée, au lieu d'entrer dans la salle commune comme prévu, il a continué de franchir la courte distance qui le séparait de Lubimiv comme s'il entendait passer à côté de lui, mais il s'est arrêté juste en avant de Lubimiv. Prié de dire où il allait, Jackson a dit qu'il se rendait à la salle du comité, qu'il faisait partie du comité et qu'il devait assister à une réunion dont le début avait été fixé à 12 h 30. Lubimiv lui a dit qu'on faisait une fouille, qu'il ne pouvait pas aller tout de suite à la salle du comité, qui se trouvait en dehors de la rangée, et qu'il devait se rendre à la salle commune. Jackson

h

i

j

after they had discussed the matter briefly and in loud voices.

Apparently Izatt and Lubimiv discussed this incident and Izatt, then or earlier, mentioned his experience in having to waken Jackson about an hour earlier. Izatt then completed a SITREP, a situation report, on the later incident in the following terms:

Subject: (number) Incident Jackson

At 13:20 hours on the 29th April, 1987 I had cause to waken the above inmate in his cell and told him to go to the 1D common room. Jackson got out of bed and he looked very unstable, which I attributed to him being half asleep. However as time went on this [sic] became quite belligerent and indignant [sic] and just as unsteady on his feet, which leads me to believe that he was under the influence of an intoxicant "other than brew".

This report was signed by Izatt, the originator, as completed at 13:40 on 29 April 1987. Opposite the printed instruction at the bottom "Note: Forward to Chief Correctional Operations" appears a handwritten notation. In a copy of this report typed from the original handwritten report this notation is reproduced as "Jackson Required to be tested". In the original handwritten report that notation may be "Jackson Refused to be tested" and an initial is added which appears to be "J".

Izatt, in direct and cross-examination, testified that Jackson's unsteady walk from his cell, part of the conduct leading to the SITREP of April 29, was consistent with Jackson being half asleep or just waking up, and he was not aware that Jackson had been scheduled for an appointment on committee matters at 12:30. However, Izatt had completed another SITREP the previous evening reporting another inmate he had then believed to be under the influence of a behaviour altering substance other than "brew" and he had included in that report the names of four other inmates reported to him by another living unit officer as apparently in the same condition. While Jackson was not among those noted the previous evening and it is not clear that any of those named were from his living unit, Izatt had suspicions that drugs or other intoxicants were being consumed by inmates and it seemed to him that Jackson's belligerent

a obéi, mais seulement après qu'ils eurent discuté brièvement en parlant fort.

Apparemment Izatt et Lubimiv ont discuté de cet incident et Izatt, à ce moment-là ou un peu plus tôt, a mentionné le fait qu'il avait dû réveiller Jackson environ une heure auparavant. Izatt a alors rempli un rapport au sujet du dernier incident, dans les termes suivants:

b [TRADUCTION] Objet: (numéro) Incident Jackson

À 13 h 20 le 29 avril 1987, j'ai dû réveiller le détenu susmentionné dans sa cellule et je lui ai dit de se rendre à la salle commune 1D. Jackson s'est levé et il m'a paru vacillant; j'en ai déduit qu'il était à moitié endormi. Toutefois, à mesure que le temps passait, il est devenu assez belliqueux et indigné, et sa démarche était encore vacillante; ce qui me porte à croire qu'il était sous l'empire d'une substance hallucinogène «autre que de l'alcool de fabrication artisanale».

Ce rapport a été signé par Izatt, son auteur, à 13 h 40 le 29 avril 1987. Une note manuscrite figure vis-à-vis de l'indication suivante, imprimée au bas: «Remarque: faire parvenir au chef des opérations correctionnelles». Dans une copie dactylographiée de ce rapport manuscrit, cette note est reproduite comme suit: [TRADUCTION] «Jackson a reçu l'ordre de se soumettre à une analyse». Dans le rapport manuscrit, cette note est peut-être ainsi libellée: [TRADUCTION] «Jackson a refusé de se soumettre à une analyse» et une initiale a été ajoutée, qui semble être un «J».

Au cours de l'interrogatoire principal et du contre-interrogatoire, Izatt a témoigné que la démarche vacillante de Jackson à la sortie de sa cellule, qui constitue un élément de son comportement qui a donné lieu au rapport d'incident du 29 avril, pouvait s'expliquer par le fait qu'il était à moitié endormi ou qu'il venait de se réveiller, et il a témoigné qu'il ignorait que Jackson avait une réunion de comité à 12 h 30. Toutefois, Izatt avait rempli un autre rapport d'incident le soir précédent, à propos d'un autre détenu qu'il avait cru sous l'effet d'une substance hallucinogène autre qu'un «alcool de fabrication artisanale», et il avait mentionné dans le rapport le nom de quatre autres détenus qui, selon ce que lui avait signalé un autre agent d'unité résidentielle, étaient apparemment dans le même état. Quoique Jackson n'eût pas été parmi ceux dont le cas avait été signalé le soir précédent et qu'il ne soit pas certain que l'un ou l'autre des détenus nommés appartienne à l'unité de Jackson, Izatt soupçonnait que des détenus

erence on April 29 was different from his more usual brusque, but not objectionable, mannerisms.

When the inmates including Jackson were secured in the common room Lubimiv telephoned to the Chief of Correctional Operations, J. Finucan. Lubimiv had received the previous day Izatt's SITREP about five inmates, not including Jackson, who appeared to be under the influence of intoxicants. He had also received on April 28 a SITREP from another officer reporting the latter's observations at 20:10 hours on April 25 of persons present in the committee room at or near range 1-D. That report named those identified including Jackson, acknowledged that it was not known what they were talking about, and it noted "several are suspected to be runners" and that the same inmates had been observed in the committee room on several occasions.

In his call to Finucan, Lubimiv reported the two situations of Izatt's interactions with Jackson on April 29, in both of which Jackson had seemed hostile and aggressive. Lubimiv believed that Jackson's desire to get to the committee room, which was accessible from outside the living range, was a response to the search. He asked that the committee room be searched, advised that a report would be completed about the incidents with Jackson and that he would recommend Jackson for urinalysis testing. Lubimiv testified at trial that it was his impression that Jackson had been "overly aggressive", and loud, that he was in an ugly mood "his reactions were inappropriate . . . especially so since somebody that knows within our institution, interactions with staff, that is not the appropriate way to deal with things".

Thereafter, the committee room was searched and nothing was there found. It was also confirmed that Jackson had indeed been late for a meeting which, as he had earlier claimed to Lubimiv, was to have started at 12:30. Jackson was then given a pass and permitted to go to the committee room.

consommaient des drogues ou d'autres substances hallucinogènes et il lui semblait que l'humeur belliqueuse de Jackson le 29 avril différait de ses manières habituelles, qui étaient brusques mais non répréhensibles.

Une fois que les détenus, dont Jackson, eurent été placés sous bonne garde dans la salle commune, Lubimiv a téléphoné à J. Finucan, chef des opérations correctionnelles. Lubimiv avait reçu la veille le rapport d'incident d'Izatt au sujet de cinq détenus, autres que Jackson, qui avaient semblé être sous l'effet de substances hallucinogènes. Il avait également reçu le 28 avril un rapport d'incident d'un autre agent qui avait fait les mêmes observations, à 20 h 10 le 25 avril, au sujet des personnes se trouvant dans la salle du comité de la rangée 1-D. L'auteur de ce rapport y donnait le nom des personnes identifiées, dont Jackson, reconnaissait que l'on ignore ce dont elles parlaient, et constatait que [TRADUCTION] «plusieurs sont soupçonnées d'être des passeurs» et que l'on avait remarqué la présence des mêmes détenus dans la salle du comité à différentes reprises.

Lors de sa conversation téléphonique avec Finucan, Lubimiv a rapporté les deux incidents survenus le 29 avril et observés par Izatt, au cours desquels Jackson avait semblé hostile et agressif. Lubimiv croyait que c'était en raison de la fouille que Jackson voulait se rendre à la salle du comité, à laquelle on avait accès de l'extérieur de la rangée de cellules. Il a demandé que la salle du comité soit fouillée et il a informé les intéressés qu'un rapport serait rédigé au sujet des incidents concernant Jackson et qu'il recommanderait que celui-ci soit soumis à une analyse d'urines. Lubimiv a témoigné au procès qu'il avait eu l'impression que Jackson avait été «trop agressif» et qu'il parlait fort, qu'il était d'une humeur massacrate, que [TRADUCTION] «ses réactions ont été intempestives . . . et que, surtout pour quelqu'un à qui sont familiers les rapports avec le personnel, ce n'est pas la façon convenable de réagir».

On a ensuite fouillé la salle du comité mais on n'y a rien trouvé. Il a également été confirmé que Jackson était de fait en retard à une réunion qui, comme il l'avait affirmé à Lubimiv, devait commencer à 12 h 30. On a ensuite remis un laissez-passer à Jackson et on lui a permis d'aller à la salle du comité.

Shortly before 15:45 hours that same afternoon Jackson was directed to report to the institution's hospital for urinalysis. On arrival he was ordered by officer Campbell to provide a urine sample. He declined and was given until 17:50 hours to report again to provide a urine sample. He was apparently cautioned by officer Campbell that failure to do so would result in possible disciplinary or administrative proceedings. At that time Jackson was given a document, a "Requirement to Provide a Urine Sample and Notification of Test Results". This included information that it was from J. Finucan (the Chief of Correctional Operations) to Jackson, directing the latter to report to the hospital to provide a urine sample for urinalysis in accord with the Commissioner's Directive, and advising on the form that "failure to comply with this order will result in disciplinary and/or administrative action". That form also indicates that it was delivered to Jackson at 15:46 hours by officer Campbell, that Campbell granted an extension to 17:50 hours and that after the extension the inmate failed to provide the urine sample. Officer Campbell's signature was entered for each step in the process in which he was involved. In accord with standing orders of the institution Campbell then completed an Inmate Offence Report and Notification of Charge, reporting Jackson's failure to provide a urine sample, after a two hour extension. Those responsible for considering that report charged Jackson under paragraph 39(a) of the Regulations, that he "disobeys or fails to obey a lawful order of a penitentiary officer". This led to the proceedings before the Disciplinary Tribunal and ultimately to the trial of this matter.

Jackson refused to provide a sample when ordered to do so because in his view it was contrary to his constitutional rights to order him to provide one, a position he maintained by written submission to the Disciplinary Tribunal and the basis of his action in this Court.

Peu avant 15 h 45 cet après-midi-là, Jackson a reçu l'ordre de se présenter à l'hôpital de l'établissement pour une analyse d'urines. À son arrivée, l'agent Campbell lui a donné l'ordre de fournir un échantillon d'urine, ce à quoi il s'est opposé. L'agent lui a ordonné de se présenter à nouveau à 17 h 50 pour fournir un échantillon d'urine. L'agent Campbell l'a apparemment averti que s'il ne se présentait pas, il s'exposerait à des mesures disciplinaires ou administratives. À ce moment-là, on lui a remis un document intitulé «Ordre de fournir un échantillon d'urine et avis des résultats de l'analyse». Selon ce document, l'ordre émanait de J. Finucan (chef des opérations correctionnelles) et était dirigé contre Jackson, à qui il était ordonné de se présenter à l'hôpital pour fournir un échantillon d'urine en vue d'une analyse, conformément à la directive du commissaire. Jackson y était également informé que [TRADUCTION] «s'il n'obéissait pas à cet ordre, des mesures disciplinaires ou administratives s'ensuivraient». On trouve encore dans cette formule les renseignements suivants: elle a été remise à Jackson par l'agent Campbell à 15 h 46, ce dernier lui a accordé un délai jusqu'à 17 h 50 et, une fois ce délai expiré, le détenu n'avait pas fourni d'échantillon d'urine. L'agent Campbell a apposé sa signature à l'égard de chacune des actions auxquelles il avait pris part. En conformité avec les ordres permanents de l'établissement, Campbell a ensuite rempli un Rapport de l'infraction d'un détenu et avis de l'accusation, dans lequel il relève le fait que Jackson n'a pas fourni d'échantillon d'urine, à l'expiration du délai de deux heures. Les personnes auxquelles ce rapport a été soumis ont inculpé Jackson de l'infraction prévue à l'alinéa 39a) du Règlement, savoir «désobéit ou omet d'obéir à un ordre légitime d'un fonctionnaire du pénitencier», d'où l'audience du tribunal disciplinaire et le procès qui nous occupe.

i

Jackson a refusé de fournir un échantillon quand on le lui a ordonné parce qu'à son avis, cet ordre était contraire à ses droits constitutionnels. C'est la position qu'il a défendue par écrit devant le tribunal disciplinaire et sur laquelle repose son action devant cette Cour.

Drugs in the Prison Setting: The Legislative Regime and its Application

The *Penitentiary Service Regulations*, enacted pursuant to the *Penitentiary Act*, R.S.C., 1985, c. P-5, section 37, provide in part:

39. Every inmate is guilty of a disciplinary offence who

(a) disobeys or fails to obey a lawful order of a penitentiary officer,

(i.1) consumes, absorbs, swallows, smokes, inhales, injects or otherwise uses an intoxicant,

41.1 (1) Where a member considers the requirement of a urine sample necessary to detect the presence of an intoxicant in the body of an inmate, he may require that inmate to provide, as soon as possible, such a sample as is necessary to enable a technician to make a proper analysis of the inmate's urine using an approved instrument.

(2) In any hearing in relation to a contravention of paragraph 39(i.1), evidence that a sample of urine taken and analyzed in the manner referred to in subsection (1) contains an intoxicant establishes, in the absence of evidence to the contrary or in the absence of a reasonable explanation of the presence of the intoxicant, that the inmate who provided the sample has contravened paragraph 39(i.1).

(3) In this section,

(a) "approved instrument" means an instrument that is designed to make an analysis of a sample of urine and is approved by a directive; and

(b) "technician" means a person designated by the Commissioner to operate an approved instrument.

Paragraph 39(i.1) and the whole of section 41.1 were adopted in 1985 as was the following definition under section 2 (see SOR/85-412):

2. ...

"intoxicant" includes alcohol, a drug, a narcotic or any other substance that causes an hallucination, but does not include any authorized medication used in accordance with directions given by a member or a health care professional.

The *Penitentiary Act* and the Regulations have dealt with "contraband" in the prison setting under arrangements which antedate the 1985 regulatory changes to deal specifically with drugs. The provisions concerning contraband, it seems to me, are useful to bear in mind. The Act provides for forfeiture of contraband which is defined as "anything that is in an inmate's possession in circumstances in which possession thereof is forbidden by any Act, regulation or Commissioner's

L'usage des drogues en milieu carcéral: le régime législatif et son application

Le *Règlement sur le service des pénitenciers*, pris en vertu de la *Loi sur les pénitenciers*, L.R.C. (1985), chap. P-5, article 37, contient les dispositions suivantes:

39. Est coupable d'une infraction à la discipline, un détenu qui

a) désobéit ou omet d'obéir à un ordre légitime d'un fonctionnaire du pénitencier;

i.1) consomme, absorbe, avale, fume, respire, s'injecte ou utilise de toute autre façon une substance hallucinogène;

41.1 (1) Un membre qui considère une telle mesure nécessaire pour déceler la présence d'une substance hallucinogène dans l'organisme d'un détenu peut exiger de ce dernier qu'il lui fournisse, dès que possible, un échantillon d'urine suffisant pour permettre à un technicien d'en faire l'analyse à l'aide d'un instrument approuvé.

(2) Dans une audition pour une infraction visée à l'alinéa 39i.1), la preuve qu'un échantillon d'urine obtenu et analysé conformément au paragraphe (1) contient une substance hallucinogène établit, en l'absence d'une preuve contraire ou d'une excuse raisonnable, que le détenu qui a fourni l'échantillon a contrevenu à l'alinéa 39i.1).

(3) Dans le présent article,

a) «instrument approuvé» désigne un instrument qui est destiné à servir à l'analyse d'un échantillon d'urine obtenu en application du présent article et qui est approuvé par directive;

b) «technicien» désigne une personne nommée par le Commissaire pour utiliser un instrument approuvé.

L'alinéa 39i.1) et l'article 41.1 ont été insérés en 1985 en même temps que la définition suivante, à l'article 2 (voir DORS/85-412):

2. ...

«substance hallucinogène» comprend l'alcool, une drogue, un stupéfiant ou toute autre substance qui produit des hallucinations, à l'exclusion d'un médicament dont l'usage est autorisé et qui est utilisé de la façon indiquée par un membre ou un responsable des soins de santé.

Déjà, avant les modifications apportées au Règlement en 1985 et visant expressément les drogues, la *Loi sur les pénitenciers* et le Règlement comportaient des dispositions traitant des «objets détenus illégalement» en milieu carcéral. Il me semble utile de tenir compte de ces dispositions. Aux termes de la Loi, les objets détenus illégalement sont confisqués et ce sont les «objets qu'un détenu a en sa possession en violation d'une interdiction édictée par une loi, un règlement, une

directive, or by an order of general or specific application within the penitentiary in which the inmate is imprisoned" (R.S.C., 1985, c. P-5, subsection 35(4)). The Regulations in turn define contraband as anything an inmate is not permitted to have in his possession, and under paragraphs 39(i) and (j) disciplinary offenses include having contraband in one's possession, and dealing in contraband with any other person. Directives and standing orders provide for those effects an inmate is entitled to have in his possession, including clothing and personal effects. In the result, anything not expressly authorized to be in an inmate's possession when found there is considered contraband, and that finding may lead to disciplinary proceedings, in addition to forfeiture.

The regulations authorizing mandatory urine sampling for testing purposes and providing for consequences of positive tests were adopted in 1985 after considerable study. Through Commissioner's Directives and institutional standing orders, the program as originally conceived and its subsequent evolution can be traced. The objectives of the program as originally conceived¹ were to detect the presence and deter the use of drugs and any other form of intoxicants, excluding authorized medication, to enhance the capability of providing a safe and secure environment for staff and inmates, and to afford inmates the opportunity for self-improvement and to objectively identify, define and institute appropriate treatment oriented programs. As the program was developed, plans were to include provision for testing a random selection of 10 percent of all inmates every two months as a key element for detection and deterrence of the use of intoxicants, for testing of inmates with a history of drug abuse either outside or inside the institution, or for testing where a staff member had reason to believe that an inmate was under the influence of an intoxicant. From the beginning it was contemplated that inmates who

¹ See Administrative Guidelines for the Urinalysis Program, (Correctional Service of Canada) Operational Security June 1985, and Appendix "A" Commissioner's Directive 800-.

instruction du commissaire ou une mesure d'application générale ou particulière au pénitencier où il est incarcéré» (L.R.C. (1985), chap. P-5, paragraphe 35(4)). Par ailleurs, d'après la définition du Règlement, c'est toute chose qu'un détenu n'est pas autorisé à avoir en sa possession; en outre, parmi les infractions à la discipline prévues à l'article 39, figurent, à l'alinéa i), le fait d'avoir de tels objets en sa possession, et à l'alinéa j), le fait de se livrer à la contrebande avec toute autre personne. On trouve dans les directives et les ordres permanents des dispositions relatives aux effets que les détenus ont le droit d'avoir en leur possession, y compris les vêtements et les effets personnels. En conséquence, toute chose qu'un détenu n'est pas autorisé expressément à avoir en sa possession est, lorsque la possession est ainsi constatée, considérée comme un objet détenu illégalement et il peut s'ensuivre une audience disciplinaire et la confiscation.

C'est en 1985, à la suite d'une étude approfondie, qu'a été pris le règlement autorisant le personnel à exiger qu'un échantillon d'urine soit fourni en vue d'une analyse, et précisant les conséquences d'un résultat positif. Il est possible de faire l'historique du programme, tel que conçu initialement ainsi que dans ses versions ultérieures, grâce aux directives des commissaires et aux ordres permanents des établissements. Les objectifs du programme initial¹ étaient les suivants: détecter la présence de drogues et d'autres substances hallucinogènes, à l'exclusion des médicaments dont l'usage est autorisé, et dissuader les détenus d'en faire usage; faire en sorte que l'on puisse mieux assurer un environnement sûr et sans risque pour le personnel et les détenus; donner aux détenus la possibilité de s'amender; définir et établir objectivement des programmes adéquats axés sur le traitement. Le régime prévu devait s'appliquer à trois catégories de détenus: à titre de mesure indispensable de détection et de dissuasion touchant l'usage de substances hallucinogènes, dix pour cent de tous les détenus devaient être choisis au hasard tous les deux mois et soumis à une analyse; les détenus qui avaient fait un abus de drogues à l'extérieur ou à

¹ Voir lignes directrices administratives pour le programme d'analyse d'urines (Service correctionnel du Canada), Sécurité opérationnelle, juin 1985 et annexe «A», directive du commissaire 800-.

tested positive for the presence of intoxicants in a urine sample would be charged with a disciplinary offence (under paragraph 39(i.1)). Anyone refusing to provide a sample of urine within two hours of a request to do so would be charged with refusal to comply with a direct order under paragraph 39(a) and standing orders at Joyceville authorizing the urinalysis program there have so provided from the time it was initiated. Those orders have also provided that failure to provide a requested urine specimen shall be treated, I assume for purposes of penalty upon conviction, "in a manner identical to a positive test result". In addition to penalties arising from conviction of disciplinary offenses, the Director was to have authority to impose administrative sanctions, including denial or deferral of individual or group temporary absence privileges, or of family or other visits, or the inmate's involvement in social-cultural program activities. These arrangements for penalties upon conviction have continued in place.

Initially it was planned that the program for urinalysis surveillance would be introduced by standing orders at two institutions in the fall of 1985, Joyceville in Ontario and Cowansville in Quebec, with a view to using these for pilot programs that might then be adapted to other institutions. Before arrangements were completed to do so at Cowansville, inmates there initiated action in the Quebec Superior Court to contest the constitutional validity of paragraph 39(i.1) and section 41.1 of the Regulations in light of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Correctional Service of Canada apparently agreed not to implement the program in the Quebec region pending the outcome of that action. As noted earlier, in *Dion c. Procureur général du Canada*, *supra*, Mr. Justice Galipeau, by decision rendered August 14, 1986 granted the relief sought and declared the regulations in question were null and

l'intérieur de l'établissement devaient être soumis aux analyses; les détenus au sujet desquels le personnel avait des raisons de croire qu'ils étaient sous l'effet d'une substance hallucinogène devaient être soumis aux analyses. Dès le début, on avait prévu que dans le cas où l'analyse révélerait la présence de substances hallucinogènes, les détenus seraient inculpés d'une infraction à la discipline (prévues à l'alinéa 39i.1) du Règlement). Quiconque refuserait de fournir un échantillon d'urine dans les deux heures suivant la demande à cet effet serait accusé d'avoir désobéi à un ordre direct, en contravention de l'alinéa 39a) du Règlement; de plus, les ordres permanents en vigueur à Joyceville, dont découle le programme d'analyse d'urines en cause, ont prévu cette sanction dès son instauration. En outre, selon le texte de ces ordres, le fait de ne pas fournir d'échantillon d'urine malgré un ordre reçu devait être considéré (pour la détermination de la peine, je présume) [TRADUCTION] «de la même manière qu'un résultat positif». En plus des sanctions frappant les détenus reconnus coupables d'infraction à la discipline, le directeur devait avoir le pouvoir d'imposer des sanctions administratives, y compris la privation ou le report de privilèges individuels ou collectifs touchant l'absence temporaire, ou de la visite d'un membre de la famille ou d'autres personnes, ou encore de la participation à des activités socio-culturelles. Ces dispositions relatives aux sanctions en cas de déclaration de culpabilité sont toujours en vigueur.

On avait prévu à l'origine que le programme de surveillance au moyen d'analyses d'urines serait instauré, à l'automne 1985, en vertu d'ordres permanents dans deux établissements, soit celui de Joyceville en Ontario et celui de Cowansville au Québec; il y aurait donc deux projets pilotes, qui pourraient ensuite être adaptés pour d'autres établissements. Avant que les arrangements aient pu être pris à cette fin à Cowansville, des détenus de cet établissement ont engagé une action devant la Cour supérieure du Québec pour contester la constitutionnalité de l'alinéa 39i.1) et de l'article 41.1 du Règlement au regard de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le Service correctionnel du Canada a apparemment accepté de ne pas mettre le programme en œuvre dans la région du Québec en attendant l'issue de cette action. Comme nous l'avons déjà vu, le juge Galipeau, dans l'affaire *Dion c. Procureur général du Canada*, précitée, le

of no force and effect since in his judgment they violated section 7 of the Charter and were not saved by section 1.

I understand that the *Dion* decision has been appealed but the appeal has not yet been heard. In defending this action initiated by Jackson counsel for the Attorney General of Canada seeks to ensure that evidence be fully considered, including sociological evidence, important in his view in assessing the constitutional issues. Counsel suggests such evidence was not submitted to Mr. Justice Galipeau in *Dion*.

Yet from his decision it appears that Galipeau J. considered some evidence of this sort, intended apparently to support the same purposes of the Regulations as are urged here by counsel, though evidence in that case may have been more directly related to the situation then prevailing at Cowansville. In the translation of the decision (at 30 C.C.C. (3d) pages 118-119)

The evidence is to the effect that in the Cowansville Penitentiary, the consumption of intoxicants, in particular drugs, is very widespread. Its consequences are disastrous—the life, security, and the property of users are in danger as well as those of their fellow inmates, the guards, and the penitentiary authorities.

Experience has shown that serious breaches of discipline, which are generally translated into assaults, brawls, thefts, refusals to obey orders, misconduct, blackmail, threats against inmates, or on the outside, against family or friends of inmates with a view to forcing them to traffic in drugs.

The defendant has the right and the duty to intervene by means of his laws and regulations in order to check this scourge. The most convenient means presently available to detect the presence of intoxicants in a user, is by means of an analysis of a sample of his urine. This measure, in addition to fulfilling its principal function, has a solid dissuasive effect.

Undoubtedly, the excessive consumption of drugs and the disastrous consequences that it leads to, constitute a growing problem in our society.

One of the Regulations, section 41.1, was considered in *Dion*. In this case the issues arise from the application of that regulation and from application of standing orders applicable in the case of an inmate who failed to obey an order, a requirement under section 41.1. That factual basis

14 août 1986, a accordé la réparation demandée et a déclaré les dispositions réglementaires en question nulles et inopérantes, parce qu'à son avis, elles violaient l'article 7 de la Charte et ne constituaient pas une exception visée par l'article premier.

À ce que je sache, la décision *Dion* a été portée en appel mais la juridiction d'appel ne l'a pas encore entendue. Dans sa défense, en l'espèce, l'avocat du procureur général du Canada souhaite que toute la preuve soit examinée, y compris la preuve de nature sociologique, qu'il importe de prendre en considération, d'après lui, dans l'appréciation des questions constitutionnelles. Selon l'argument de l'avocat, le juge Galipeau dans l'affaire *Dion* n'a pas eu à étudier cette preuve.

Pourtant, il ressort de la décision du juge Galipeau qu'il a tenu compte d'éléments de preuve de cet ordre, dont le but était apparemment de montrer, comme l'a fait l'avocat en l'espèce, quels objectifs visait le Règlement, bien que dans cette affaire-là, la preuve se rapportait peut-être plus directement à la situation existant à Cowansville. Voici un extrait de cette décision ([1986] R.J.Q. 2196, à la page 2203:

La preuve est à l'effet que, dans la prison de Cowansville, la consommation d'hallucinogènes, plus particulièrement de drogues, est très répandue; ses conséquences sont désastreuses: la vie, la sécurité et les biens des utilisateurs sont en danger de même que ceux de leurs codétenus, des gardiens et des autorités de l'institution.

L'expérience a démontré que sont reliés directement ou indirectement à la consommation ou à la surconsommation d'hallucinogènes de graves manquements à la discipline qui se traduisent généralement par des assaults, des rixes, des vols, des refus d'obéir aux ordres, des inconduites, du chantage, des menaces entre codétenus ou entre détenus et parents ou amis de l'extérieur qu'ils forcent à faire le trafic de drogues.

Le défendeur a le droit et le devoir d'intervenir par ses lois et règlements pour que ce fléau soit enrayé; le moyen le plus commode, à l'heure actuelle, pour déceler la présence d'hallucinogènes chez un consommateur, consiste à faire l'analyse d'un échantillon de son urine. Cette mesure, en plus de remplir sa fonction principale, emporte avec elle un solide effet préventif.

Il n'y a donc aucun doute que la surconsommation de drogues et les conséquences désastreuses qu'elle entraîne constituent un problème d'envergure dans notre société.

L'un des articles du Règlement, soit l'article 41.1, a été examiné dans l'affaire *Dion*. En l'espèce, les questions litigieuses portent sur l'application de cette disposition et sur l'application des ordres permanents qui touchent un détenu qui a omis d'obéir à un ordre, donné conformément à

was absent in *Dion* where a declaration was sought before the regulation was applied. Here the issue of constitutionality of section 41.1 is directly raised by the plaintiff Jackson's defence before the Disciplinary Tribunal, that he declined to provide a sample of urine when ordered to do so because the order, and section 41.1 under which it was given, were unlawful.

Additional facts clarifying the application of the Regulations in this case were provided by evidence of Mr. R. P. Harvey, Director of Custody and Control, Correctional Service of Canada. In his current and previous senior responsibilities within the Service he had major responsibility for development and introduction of the urinalysis program. His evidence indicates that it was decided, despite legal action initiated by inmates at Cowansville, to proceed with implementation of the planned pilot program at Joyceville. It was initiated in November 1985 with certain modifications from original plans. No provision was made for random sampling on a regular or any other basis, a key element of the original plan, pending resolution of uncertainties arising from the action initiated in the Quebec Superior Court and because it was not considered economically viable to proceed with that aspect of the program in only one institution. Notification in advance of introduction of the program was provided in writing by the Warden to staff and inmates at Joyceville, a practice followed on subsequent occasions when major modifications were planned. Thus, for example, they were advised in advance that testing would be done initially for only two substances, cocaine and heroin, and later advice gave notice of the dates on which additional substance testing would be added for cannabis, methaqualone (speed), phencyclidine (PCP), benzodiazepine (tranquillizers), alcohol and methadone. As the tests were introduced notice was given that evidence of positive tests would not be admissible in disciplinary proceedings for the first four months, though administrative sanctions might be applied, and from the beginning refusal to provide a sample within two hours when ordered to do so was subject to disciplinary proceedings under paragraph

l'article 41.1. Dans l'affaire *Dion*, la décision ne portait pas sur des faits mais le tribunal était appelé à prononcer un jugement déclaratoire avant que le règlement n'ait été appliqué. Dans la présente instance, c'est le moyen de défense invoqué par le demandeur Jackson devant le tribunal disciplinaire qui met en jeu la question de la constitutionnalité de l'article 41.1: c'est-à-dire qu'il a refusé de fournir un échantillon d'urine, en dépit de l'ordre reçu, parce que cet ordre, ainsi que l'article 41.1 du Règlement en vertu duquel il avait été donné, étaient illégaux.

Le témoignage de M. R. P. Harvey, directeur, Garde et contrôle, Service correctionnel du Canada, a apporté d'autres faits qui nous éclairent sur l'application du Règlement. Dans l'exercice de ses importantes fonctions actuelles et passées au sein du Service, il a joué un rôle primordial à l'égard de l'élaboration et de l'instauration du programme d'analyse d'urines. Son témoignage montre que l'on avait décidé, malgré l'action en justice engagée par les détenus de Cowansville, de mettre en œuvre à Joyceville le programme pilote prévu. Il est entré en vigueur en novembre 1985, avec certaines modifications. Il n'y a pas été question d'échantillonnage au hasard, à intervalles réguliers ou autrement—élément essentiel du projet initial—étant donné les incertitudes découlant de l'action intentée devant la Cour supérieure du Québec et, en outre, parce que l'on n'a pas estimé rentable d'appliquer cette partie du programme dans un seul établissement. Le directeur avait notifié d'avance au personnel et aux détenus de Joyceville l'instauration du programme, de même que les modifications d'importance apportées à celui-ci par la suite. Par exemple, ils ont été avisés d'avance que seulement deux substances, soit la cocaïne et l'héroïne, feraient d'abord l'objet d'analyses, puis ils ont été informés de la date à laquelle d'autres substances s'ajouteraient à la liste: cannabis, méthaqualone (speed), phencyclidine (PCP), benzodiazépine (tranquillisants), alcool et méthadone. Quand les analyses ont commencé, on les a informés que la preuve de résultats positifs ne serait pas recevable dans le cadre d'audiences disciplinaires pendant les quatre premiers mois, bien que des sanctions administratives puissent être prises, et que, dès le début, le refus de fournir un échantillon dans les deux heures suivant l'ordre reçu à cet effet, pouvait donner lieu à des

39(a), with penalties similar to cases where tests were positive.

Inmate selection for testing was initially notified in terms similar to section 41.1, that is

When a staff member considers the requirement of a urine sample necessary to detect the presence of an intoxicant in the body of an inmate, he may require that inmate to provide, as soon as possible, such a sample as is necessary to enable a technician to make a proper analysis of the inmate's urine.²

Examples of inmates who may be tested were listed as inmates suspected to be under the influence, those convicted in disciplinary court on charges of possession, trafficking and/or consumption of intoxicants, and those involved at any stage in a pre-release program, visiting or similar program where intoxicants had played a role in their criminal offence or any period of their incarceration. In a later Standing Order (No. 572 of 87-08-04) inmate selection for testing was modified for those considered to be under the influence, to provide that where a staff member considers the requirement of a urine sample necessary to detect the presence of an intoxicant he submits a report which is to be reviewed at a daily meeting of living unit supervisors and security staff, and the Chief, Correctional Operations then decides whether urinalysis is appropriate. If so, the urinalysis technician advises the inmate of the requirement to provide a sample to enable a proper analysis. While it is not clear that the latter provision was formally in place in April 1987 when Jackson was directed to provide a sample of urine for testing, Harvey indicated that the same or a similar process prevailed in Jackson's case. Thus the decision was made by officer Finucan, the Chief of Correctional Operations on duty, to require a sample for

audiences disciplinaires en conformité avec l'alinéa 39a), les contrevenants étant passibles des mêmes peines qu'en cas de résultats positifs.

^a Le mode de sélection des détenus devant être soumis à des analyses a été annoncé au début dans des termes semblables au texte de l'article 41.1, c'est-à-dire

[TRADUCTION] Un membre qui considère une telle mesure nécessaire pour déceler la présence d'une substance hallucinogène dans l'organisme d'un détenu peut exiger de ce dernier qu'il lui fournisse, dès que possible, un échantillon d'urine suffisant pour permettre à un technicien d'en faire l'analyse².

^b Parmi les détenus susceptibles d'être soumis à des analyses, on comptait ceux qui étaient soupçonnés d'avoir consommé de telles substances, ceux qui avaient été déclarés coupables par un tribunal disciplinaire d'infractions consistant dans la possession, le trafic ou la consommation de substances hallucinogènes, et ceux qui prenaient part à un programme prélibératoire, à un programme de visites ou à un programme de cette nature, peu importe l'étape où ils en étaient, si l'infraction criminelle qui leur avait été reprochée concernait de telles substances ou si une partie de la peine qu'ils purgeaient s'y rapportait. Plus tard, le mode de sélection des détenus a été modifié par un nouvel ordre permanent (n° 572, 87-08-04), relativement aux détenus que l'on croyait être sous l'effet de telles substances, dans les termes qui suivent: un membre du personnel qui estime nécessaire d'exiger d'un détenu qu'il fournisse un échantillon d'urine suffisant pour pouvoir déceler la présence d'une substance hallucinogène doit présenter un rapport que les surveillants d'unité résidentielle et le personnel chargé de la sécurité devront examiner au cours de leur réunion quotidienne, avant que le chef, Opérations correctionnelles, ne décide de l'opportunité d'une analyse d'urines. Si la réponse de ce dernier est affirmative, le technicien chargé de l'analyse d'urines avisera le détenu qu'il a l'obligation de fournir un échantillon suffisant pour permettre qu'une analyse en soit faite. Quoiqu'il ne soit pas clair que cette dernière disposition ait été officiellement en vigueur en avril 1987, au moment où Jackson a reçu l'ordre de fournir un échantillon d'urine en vue d'une analyse, Harvey a dit que l'on avait procédé de la même manière dans le cas de Jack-

² Memorandum, 1985-11-12 from Warden (R. Gobeil) to All Staff, Inmate Population, p. 1, para. 1.b.

² Note de service, 1985-11-12, du directeur (R. Gobeil) à tout le personnel, aux détenus, p. 1, al. 1.b.

testing after completion of the written SITREP by Izatt and the oral report of Lubimiv.

Perhaps one other detail, one that concerned Jackson, is of note here. While standing orders at Joyceville provided for collection of the sample under direct or indirect observation, Harvey indicated that at Joyceville the hospital facilities, to which most inmates including Jackson, were directed to provide a sample, did not readily permit anything but direct observation in voiding of urine when a sample was required. In these circumstances the standing order did provide that only staff of the same sex as the inmate providing the sample shall supervise the voiding of that urine sample.

At the time of the trial of this matter, in March 1989, Joyceville was the only institution in which the urinalysis program had been introduced on a regular continuing basis. It had trained and qualified staff with "approved instruments" for testing. It has also served to provide analysis of samples for testing from inmates of some neighbouring institutions in the Kingston area, apparently on a demand or request basis without fully developed programs for testing inmates of those institutions on a scale comparable to that introduced at Joyceville.

Drugs in the Prison Setting: The Sociological Background

Evidence was introduced in the trial of this matter relating to perceptions of the impact of compulsory urinalysis, to violence in the prison setting, to the relationship of drugs to violence, to living conditions and supervision arrangements within the penitentiary system, and also about the testing arrangements including technical aspects of testing which were introduced at Joyceville and about comparable conditions, arrangements and experience within the federal penal system in the United States. This was intended to assist in resolution of the constitutional issues raised in this

son, ou d'une manière analogue. C'est donc l'agent Finucan, chef des opérations correctionnelles de service, qui a pris la décision d'exiger la remise d'un échantillon en vue d'une analyse, après qu'Izatt eut rempli le rapport d'incident et que Lubimiv eut fait rapport de vive voix.

Il convient peut-être de signaler un autre détail, touchant Jackson. Bien qu'aux termes des ordres permanents de Joyceville, l'échantillon eût pu être fourni sous surveillance directe ou indirecte, Harvey a dit que l'hôpital de cet établissement, auquel la plupart des détenus, dont Jackson, avaient l'ordre de se rendre pour fournir un échantillon, n'était pas équipé pour qu'on puisse facilement fournir autrement que sous surveillance directe l'échantillon d'urine exigé. Vu ces circonstances, l'ordre permanent portait que seulement les membres du personnel du même sexe que le détenu dont l'échantillon était exigé devaient surveiller le détenu qui le fournissait.

À la date du procès dans l'affaire qui nous occupe, soit en mars 1989, Joyceville était le seul établissement où le programme d'analyse d'urines avait été mis sur pied et appliqué de manière régulière et continue. Le personnel avait été formé et était qualifié pour utiliser les «instruments approuvés» servant à l'analyse, dont l'établissement disposait. Celui-ci faisait également l'analyse d'échantillons de détenus d'autres établissements voisins de la région de Kingston, qui en avaient apparemment fait la demande et dans lesquels des programmes d'analyse d'urines aussi complets que celui de Joyceville n'avaient pas été établis.

L'usage des drogues en milieu carcéral: le contexte sociologique

Au cours de l'instruction, les parties ont présenté des éléments de preuve portant sur les perceptions de l'impact de l'analyse obligatoire d'urines, la violence en milieu carcéral, le lien entre la drogue et la violence, les conditions de vie et les modalités de contrôle au sein du système pénitentiaire, les modalités d'analyse, y compris les aspects techniques du programme d'analyse introduit à Joyceville, et les conditions, modalités et expériences comparables dans le système pénitentiaire fédéral des États-Unis. Ces éléments de preuve visaient à aider la Cour à trancher les

matter by putting into full context the system of testing adopted, the reasons for it and comparable arrangements and experience in other jurisdictions.

An important aspect of the background of this case, from the perspective of Jackson, arises from his perceptions of the system of testing and his concerns about it. In his view the system of testing, requiring a urine sample when ordered to do so, or failing that being liable to disciplinary or administrative punishments, was unfair. On its face the regulation made inmates subject to the whim of any officer whether the latter had any special training or not and whether or not the officer had any reason to believe the inmate was under the influence of an intoxicant. In his own case, he believed he was ordered to provide a sample of urine for testing because he had recently become chairperson of the inmate committee and had made known his objective of making the committee more responsive to inmates' concerns than it had previously been. He considered that he had been "set up", "to slow me down, slow the committee down", as he expressed it in cross-examination. The process was unfair because the officer who suspected an inmate of being under the influence did not himself speak to the inmate to make any inquiry; rather he filed a report and someone else ordered the inmate, for reasons the inmate was not informed about, to provide a sample of urine.

As instituted at Joyceville, the program in Jackson's view was unfair to those who refused to provide samples when ordered to do so as a condition of participation in pre-release or visiting or other social programs. He suggested that the institution required a urine sample before and after participating in such program with threatened loss or postponement of opportunity to participate unless consent were given and a sample provided for testing. In the result more inmates were spending more time within the institution with less access to pre-release and visiting programs.

questions constitutionnelles soulevées en l'espèce en situant dans leur contexte global le programme d'analyse adopté, les raisons sous-jacentes et les modalités et expériences comparables dans d'autres pays.

Pour Jackson, la perception qu'il a du programme d'analyse et les craintes que celui-ci lui inspire constituent un aspect important du contexte de la présente affaire. À son avis, le programme d'analyse était injuste puisqu'il obligeait un détenu à donner un échantillon d'urine sur demande, sous peine de sanctions disciplinaires ou administratives. Manifestement, le règlement exposait les détenus aux caprices de tout fonctionnaire, peu importe que celui-ci ait reçu une formation spéciale et qu'il ait quelque raison de croire que le détenu était sous l'effet d'une substance hallucinogène. Dans son cas, il estimait avoir reçu l'ordre de fournir un échantillon d'urine en vue d'une analyse parce qu'il venait d'être nommé président du comité des détenus et qu'il avait manifesté clairement sa volonté de voir le comité répondre mieux qu'auparavant aux préoccupations des détenus. Il estimait avoir été [TRADUCTION] «désigné», «pour me ralentir, pour ralentir le comité», comme il l'a déclaré au cours du contre-interrogatoire. Le programme était injuste puisque le fonctionnaire qui croyait qu'un détenu était sous l'effet d'une substance hallucinogène ne s'adressait pas au détenu pour procéder à une enquête; il produisait plutôt un rapport et c'est quelqu'un d'autre qui ordonnait au détenu, pour des motifs inconnus de ce dernier, de fournir un échantillon d'urine.

De l'avis de Jackson, le programme appliqué à Joyceville était injuste pour ceux qui refusaient de fournir des échantillons lorsqu'ils en recevaient l'ordre comme condition de participation à des programmes prélibératoires, de visites ou visant d'autres activités sociales. Il a prétendu que l'établissement exigeait la prise d'urines avant et après la participation à de tels programmes, avec menace de perte ou de report de l'occasion de participer en cas de défaut de consentement et de prise d'échantillons à des fins d'analyse. Par conséquent, un plus grand nombre de détenus demeureraient plus longtemps dans l'établissement et avaient un accès plus limité aux programmes prélibératoires et de visites.

Finally, Jackson's view was that it simply was not right that inmates be required to provide a sample of urine under observation when ordered to do so. He considered it "degrading". The program in his view worked against the objective of restoring an inmate to a position where he could adjust to responsibilities in the world outside the prison. At least one of the witnesses for the defendants, present throughout Jackson's brief testimony, indicated some surprise at this reaction for his experience was that generally within the living ranges of prison institutions inmates paid little attention to standards of privacy, and there was considerable nudity evident in relation to dressing, showering, washing and even in relation to use of toilet facilities. I note only that there may be a considerable difference in a psychological sense between a situation where the individual by choice or his own neglect shows little concern for privacy and a situation where he is directed to provide a urine sample before another person, at risk of punishment if he fails to do so.

Dr. James Vantour gave evidence as an expert witness for the defendants. He is a sociologist with a doctor's degree in criminology and substantial background in teaching and research. He had been a consultant to the Correctional Service of Canada on a number of occasions before his appointment in 1987 as Advisor to the Commissioner and Deputy Commissioner of the Service. On the basis of research and studies he had completed or which were known to him he provided opinion about violence as a continuing and significant aspect of life within the prison system. While there are a variety of causal factors, violence tends to be greater in maximum security institutions than in medium institutions and greater in the latter than in minimum security institutions mainly because of the backgrounds of the inmate population in each of these levels. According to his testimony, in 1988 more than 75% of those in maximum institutions, 60% of those in medium institutions and just under 50% of those in minimum security institutions had been admitted for crimes of violence. This accounted for nearly 62% of all inmates in federal institutions whose latest crimes leading to incarceration were crimes of violence. The higher levels of security, reflecting the level of general tendencies to violence of the inmates, provide more

Jackson estimait enfin qu'il n'est tout simplement pas juste que les détenus soient obligés de fournir un échantillon d'urine sous observation lorsque demande leur en est faite. Il y voyait une activité [TRADUCTION] «dégradante». À son avis, le programme allait à l'encontre de l'objectif de réinsertion visant à permettre aux détenus de s'ajuster aux responsabilités du monde extérieur. Au moins un des témoins des défendeurs, présent durant la brève déposition de Jackson, a manifesté une certaine surprise à l'égard de cette réaction; d'après son expérience, les détenus en milieu carcéral portent habituellement peu d'attention aux aspects de la vie privée, et se montrent très souvent dans un état de nudité quelconque lorsqu'ils s'habillent, se douchent, se lavent et vont aux toilettes. Je note seulement qu'il peut y avoir une différence importante, sur le plan psychologique, entre la situation où, par choix ou par négligence, quelqu'un se préoccupe peu de sa vie privée, et la situation où on lui demande de fournir un échantillon d'urine, devant une autre personne, sous peine de sanction.

M. James Vantour a déposé comme témoin expert des défendeurs. Sociologue, il détient un doctorat en criminologie et il a une grande expérience de l'enseignement et de la recherche. Ses services d'expert-conseil ont été retenus à bon nombre d'occasions par le Service correctionnel du Canada avant sa nomination comme conseiller du commissaire et du sous-commissaire du Service en 1987. En se fondant sur les recherches et les études qu'il a effectuées ou dont il a pris connaissance, il a donné son opinion sur la violence comme facette permanente et importante du milieu carcéral. Même si plusieurs facteurs peuvent en être la cause, il n'en demeure pas moins que la violence est habituellement plus élevée dans les établissements à sécurité maximale que dans les établissements à sécurité moyenne, et plus élevée dans ces derniers établissements que dans les établissements à sécurité minimale, en raison surtout des antécédents de la population carcérale propre à chacun de ces niveaux. Au dire de l'expert, en 1988, plus de 75 % des détenus dans les établissements à sécurité maximale, 60 % des détenus dans les établissements à sécurité moyenne et un peu moins de 50 % des détenus dans les établissements à sécurité minimale avaient été incarcérés pour des crimes violents. Ainsi, près de 62 % de tous les détenus

intensive surveillance and less inmate freedom within the institution and in relation to contacts with the outside world.

In Dr. Vantour's opinion the risk of violence has increased in recent years, with more frequent and more serious incidents of violence inside the prison system, and more frequent resort by inmates to weapons. The risk of violence appears greater particularly between inmates. While supervised, they have to depend in the main upon their own resources for their safety and security within the penitentiary society. It is often difficult for staff or other inmates to intervene when conflict occurs.

The prison society is now much more open to contacts, than was once the case, both between inmates and between inmates and their families or friends from outside. Programs facilitating this are designed to equip inmates to return with responsibility to supportive family and friends when their sentence is served. According to Dr. Vantour one aspect of these changes is that there are special pressures on inmates, particularly in relation to carrying, use and distribution of contraband, mainly drugs of various kinds, that can be moved in small quantities at a time. He testified about the drug related "market place" within the institutional setting and the pressures this creates from those who seek to control the market or those involved with it, whether by their own choice or under pressure. A recent Service study suggests that as many as 20 to 33% of inmates in protective custody are now there at their own request because of drug related problems.

As another example of the relationship between drugs and violence, Dr. Vantour referred to a 1984 report by Dr. Robert M. MacMillan, Regional Coroner, Kingston to the Chief Coroner for Ontario, and to a study Vantour himself had directed for the Correctional Service of Canada. Both studies were concerned with circumstances surrounding nearly a dozen homicides in Kingston

dans des établissements fédéraux ont été incarcérés pour des crimes violents. Les niveaux de sécurité plus élevés, correspondant aux niveaux de propension générale à la violence des détenus, prévoient plus de surveillance et moins de liberté pour les détenus tant à l'intérieur de l'établissement que dans les contacts avec le monde extérieur.

De l'avis de M. Vantour, le risque de violence s'est accru au cours des dernières années; les incidents violents en milieu carcéral sont plus fréquents et plus graves, et les détenus recourent plus souvent à des armes. Le risque de violence semble plus élevé particulièrement parmi les détenus. Même sous surveillance, chaque détenu doit généralement mettre toutes ses ressources personnelles à profit pour assurer sa sécurité en milieu carcéral. Il est souvent difficile pour les membres du personnel ou pour d'autres détenus d'intervenir lorsque surgit un conflit.

La société carcérale offre aujourd'hui aux détenus davantage d'occasions d'établir des contacts, entre eux comme avec leur famille ou leurs amis de l'extérieur. Les programmes qui facilitent cette ouverture visent à préparer les détenus à vivre de façon responsable avec une famille et des amis qui pourront les soutenir une fois leur peine purgée. Selon M. Vantour, ces modifications ont notamment eu pour effet de créer de nouvelles pressions sur les détenus, en particulier en ce qui a trait au transport, à l'utilisation et à la distribution d'objets interdits, surtout des drogues de toutes sortes, qui ne peuvent être transportés qu'en petites quantités. Il a fait état du «marché» de la drogue en milieu carcéral et des pressions imposées par ce phénomène aux détenus qui veulent contrôler le marché ou qui y sont impliqués, de gré ou de force. Une étude récente du Service révèle que de 20 % à 33 % des détenus en isolement protecteur s'y trouvent à leur demande, en raison de problèmes liés à la drogue.

Afin d'illustrer par un autre exemple le lien entre les drogues et la violence, M. Vantour a mentionné un rapport présenté en 1984 par le Dr Robert M. MacMillan, coroner régional de Kingston, au coroner en chef de l'Ontario, de même qu'une étude effectuée par M. Vantour lui-même pour le Service correctionnel du Canada. Les deux études portaient sur les circonstances

area institutions from late 1982 to early 1984. In both studies drugs were regarded as having had a significant role. MacMillan's report emphasized that drugs were evident in the victims or were involved in the homicides in a majority of the cases examined and Vantour's study was concerned with the adverse effects of the institutional market place for drugs. In a later study related to contraband, staff of the Service included information that of 181 major incidents of violence in 1985 and 1986 contraband drugs were demonstrated to have played a role in precipitating 106, or 58% of the incidents reported.

It is Dr. Vantour's opinion that institutional control of drugs within the prison setting would contribute to reduction of the risks and levels of violence and would facilitate and encourage programs to assist inmates to avoid continuing involvement with drugs. He did not profess to be an expert on urinalysis testing but he does believe that an appropriate program, not limited to circumstances where staff has a reason to believe an inmate is under the influence of an intoxicant, probably a program including random testing, would improve institutional control of drugs, lead to lessening of the oppressive nature of the institutions and to reduction of the risks of violence.

In addition to evidence about the testing program at Joyceville, Harvey testified about the evolution of programs generally and the arrangements for surveillance and life in federal penitentiaries in Canada. He described in a general way the differences between institutions by security level in the system. The higher the security level, the higher the staff to inmate ratio, the greater the surveillance, the lesser freedom of movement for inmates within the institution, and the more regular are the searches of inmates by metal detectors, pat down or frisk searching and nude or skin searching. Institutions with lower security classifications tend to have a wider range of programs for internal activities and contacts with the world outside the institution. Trades training and educational programs are offered, activities program-

entourant une douzaine d'homicides dans les établissements de la région de Kingston entre la fin de 1982 et le début de 1984. Selon les conclusions des deux études, les drogues avaient joué un rôle important dans ces cas. Le rapport de MacMillan a souligné la présence évidente de drogues chez les victimes ou l'influence de la drogue dans les homicides dans la majorité des cas étudiés; l'étude de Vantour portait sur les effets négatifs du marché de la drogue en milieu carcéral. Dans une étude subséquente sur les objets interdits, les fonctionnaires du Service ont relevé que des drogues interdites avaient manifestement joué un rôle de déclencheur dans 106 des 181 incidents majeurs de violence survenus en 1985 et en 1986, ce qui représente 58 % des incidents rapportés.

M. Vantour estime que le contrôle institutionnel des drogues en milieu carcéral entraînerait une réduction des risques et des niveaux de violence et faciliterait l'application de programmes visant à aider les détenus à renoncer définitivement à l'usage de drogues. Sans prétendre être un expert des questions d'analyse d'urines, il croit toutefois qu'un programme approprié, qui ne se limiterait pas aux seules circonstances où des fonctionnaires ont une raison de croire qu'un détenu est sous l'effet d'une substance hallucinogène, mais qui prévoirait probablement des analyses au hasard, améliorerait le contrôle institutionnel des drogues, et entraînerait une diminution de la nature oppressive des établissements de même qu'une réduction des risques de violence.

Outre sa déposition sur le programme d'analyse mis en œuvre à Joyceville, Harvey a décrit l'évolution des programmes en général de même que les modalités de surveillance et la vie dans les pénitenciers fédéraux du Canada. Il a décrit de façon générale les différences entre les établissements selon les divers niveaux de sécurité établis. Le niveau de sécurité est directement proportionnel au ratio agents-détenus; plus il y a de surveillance, moins il y a de liberté de mouvement des détenus à l'intérieur de l'établissement, et plus il y a de fouilles régulières des détenus, notamment des fouilles à l'aide de détecteurs à métal et des fouilles à corps nu. Les établissements ayant une cote de sécurité moins élevée ont habituellement une plus vaste gamme de programmes d'activités internes et de contacts avec le monde extérieur. Des

ming has been established, a range of visiting programs now exists, and in lower security institutions particularly, pre-release programs are available for those considered to be qualified for escorted or unescorted temporary absence or for day parole.

With the expansion of programs especially for greater contacts within the prison setting among inmates and between them and the outside world, the Correctional Service of Canada had also experienced an increasing volume of contraband within institutions, much of it drugs. The risk of violence has also increased with expanding drug related activities in the prison market and drug induced individual indifference to usual prison norms and discipline requirements. Through reports referred to by Harvey, estimates of the dollar volume of the internal drug market were suggested which seemed inordinately high, and estimates of success in seizing contraband, seemed very low. Despite internal intelligence, searches by detectors, frisking and even skin or nude searches especially related to pre-release programs and major visitor occasions, it seems little contraband is actually found and forfeited. Harvey indicated that those responsible for safety and security in the institutions believe that most drugs are transported by inmates themselves, and by family members and other outsiders, in body cavities, principally the anus and vagina, hidden so as not to be detected by visual search. Apparently medical personnel of the Service decline to participate in security searches of any bodily cavities.

It was against this background of increasing opportunities for bringing contraband, particularly drugs, into the institutions, together with the perceived experience of increasing contraband and increasing risks of violence, and the relationship of drugs to violence, that led to the development of the urine testing program for the Service. After a voluntary program run at Leclerc institution in Quebec in the early 1980's had been tested under

programmes de formation et d'instruction y sont offerts, des activités y sont planifiées, et il existe maintenant une gamme de programmes de visites; dans les établissements à sécurité minimale en particulier, des programmes prélibératoires sont offerts aux détenus jugés aptes à profiter d'absences temporaires avec ou sans escorte ou de libérations conditionnelles de jour.

Avec le développement de programmes visant spécialement l'accroissement en milieu carcéral des contacts des détenus entre eux comme avec le monde extérieur, le Service correctionnel du Canada connaît une augmentation du volume d'objets interdits, en grande partie des drogues, à l'intérieur des établissements. Le risque de violence s'est aussi accru parallèlement à la prolifération des activités liées à la drogue sur le marché carcéral et à l'accentuation de l'indifférence, issue de la drogue, à l'égard des normes et des exigences disciplinaires habituelles des prisons. Les rapports cités par Harvey donnent des estimations pécuniaires anormalement élevées du marché interne de la drogue et des estimations très basses du taux de succès en matière de saisie d'objets interdits. En dépit des renseignements tirés du milieu et des fouilles effectuées à l'aide de détecteurs ou à corps nu visant spécialement les programmes prélibératoires et les principales occasions de visite, il semble qu'on ne puisse déceler et confisquer qu'une toute petite quantité d'objets interdits. Harvey a déclaré que, selon les personnes responsables de la sécurité dans les établissements, la plupart des drogues seraient transportées par les détenus eux-mêmes et par des membres de leur famille ou par d'autres visiteurs, dans des cavités corporelles, notamment l'anus et le vagin, où elles seraient cachées de façon à ne pas être décelées par un examen visuel. Le personnel médical du Service refuserait apparemment de procéder à des fouilles de sécurité visant ces parties.

C'est dans ce contexte, marqué par l'accroissement des occasions d'introduire dans les établissements des objets interdits, en particulier des drogues, et par la constatation d'une augmentation des objets interdits et des risques de violence, comme du lien entre les drogues et la violence, que le Service a élaboré le programme d'analyse d'urines. Après l'essai, sous la supervision de Harvey, d'un programme volontaire appliqué à l'établisse-

Harvey's supervision there, considerable study of similar programs in the United States and elsewhere had led to the program introduced at Joyceville and originally intended also for Cowansville. Its primary long term objectives were to support the Service's responsibilities for safety and security of staff and inmates, to detect and deter unauthorized drug usage and to develop programs to assist inmates with a history of drug abuse. In seeking those objectives Harvey seemed to consider random testing a particularly valuable part of the planned program, not yet implemented.

Dr. R. E. Willette, a consultant and president of his own company in the United States, providing advice on testing of drugs and related matters, testified at the trial about the quality of the testing instruments, the analyzing processes and the comparative ease in training for their application, which were adopted for the program of the Correctional Service introduced at Joyceville. A medicinal chemist, with extensive experience in the development of testing processes and instrumentation, his evidence was not seriously contested and the validity of the urine testing system adopted by the Correctional Service was not seriously questioned in these proceedings.

His evidence was helpful in confirming the validity of results of the EMIT-ST test (the Enzyme Multiple Immunoassay Technique—Single Test), the only test in place at the time Jackson was here directed, and declined, to provide a sample. The GC/MS (Gas Chromatography/Mass Spectrometer) test which confirms results of a positive EMIT-ST test, has since been introduced, following long standing practice in the United States. While it has no significance for this case, Harvey's evidence was that when Jackson was ordered to provide a sample, with only the EMIT-ST equipment and process in place, a portion of any urine sample provided by an inmate was retained in the event the inmate should request independent testing by outside experts. Since then the confirmatory testing using the

ment Leclerc au Québec, au début des années 1980, on a procédé à une étude approfondie de programmes semblables aux États-Unis et ailleurs, ce qui a conduit au programme introduit à Joyceville et qui devait aussi, à l'origine, s'appliquer à Cowansville. Les principaux objectifs à long terme du programme visaient à appuyer le rôle du Service en matière de sécurité du personnel et des détenus, à déceler et à décourager l'emploi non autorisé de drogues et à élaborer des programmes pour aider les détenus toxicomanes. Compte tenu de ces objectifs, Harvey semblait considérer l'analyse au hasard comme un volet particulièrement important du programme projeté, volet qui n'était pas encore appliqué.

M. R. E. Willette, expert-conseil et président de sa propre entreprise aux États-Unis, qui donne des consultations en matière d'analyse de drogues et de questions connexes, a témoigné lors du procès au sujet de la qualité des instruments d'analyse, des méthodes d'analyse et de la facilité relative avec laquelle on peut former du personnel pour l'utilisation de ces instruments et méthodes qui ont été adoptés pour le programme du Service correctionnel introduit à Joyceville. La déposition de ce biochimiste, qui a une grande expérience en matière d'élaboration de méthodes et d'instruments d'analyse, n'a pas été contestée sérieusement, et la validité du programme d'analyse d'urines adopté par le Service correctionnel n'a pas été sérieusement remise en question au cours de l'instance.

La déposition de ce témoin a permis de confirmer la validité des résultats de la technique EMIT-ST (Enzyme Multiple Immunoassay Technique—Single Test), la seule méthode d'analyse utilisée à l'époque où Jackson a refusé d'obtempérer à l'ordre de fournir un échantillon. L'analyse GC/MS, (chromatographie en phase gazeuse/spectromètre de masse), qui confirme les résultats d'une analyse EMIT-ST positive, a été adoptée depuis, à l'instar d'une pratique qui a cours depuis longtemps aux États-Unis. Même si ce détail n'a aucune incidence en l'espèce, Harvey a déclaré qu'à l'époque où l'on a ordonné à Jackson de fournir un échantillon en vue d'une analyse uniquement au moyen du matériel et de la technique EMIT-ST en place, on conservait une partie de tout échantillon d'urine fourni par un détenu au

GC/MS process is conducted at Joyceville by the Service itself.

William L. Davis also testified as an expert witness. Now a consultant on correctional matters, he recently retired as Administrator of Correctional Services, the chief executive officer of the federal penitentiary system in the United States. He had served for 25 years in the U.S. penitentiary service, with increasing responsibilities over the years at the institutional, regional and national levels. From 1978 when a program of urinalysis surveillance was initiated in federal prisons in the United States he had been directly involved in its application and administration.

On the relationship of drugs and violence Mr. Davis' evidence was that, coincidental with increasing drug use in society generally, experience in U.S. federal prisons had earlier indicated an increasing use of drugs among inmates and that this had a noticeable direct bearing upon the level of violence. In the 1960's and 70's the number of incidents involving violence between inmates and between inmates and staff increased and upon investigation it appeared clear that the use of and trade in drugs in institutions was playing a significant role in incidents of violence. This was so even though hard core drug addicts were a relatively small portion of total inmates and most users of drugs in the institutions were so-called recreational users not addicts. Before introduction of the program in the United States inmates and staff were fully informed about what was planned and in the first year statistical reports indicated substantially fewer cases of positive drug tests than had been anticipated. Davis said that it was believed that this clearly indicated that the prison population knew the program was to be treated seriously for in that first year the number of incidents of violence declined significantly as did the number of those incidents which appeared to be drug-related. While it was difficult to comment on the level of violence generally, Davis did indicate that since the program was introduced in 1978, the number

cas où ce dernier demanderait qu'une analyse indépendante soit effectuée par des experts de l'extérieur. Depuis, l'analyse de confirmation selon la méthode GC/MS est effectuée à Joyceville, par le Service lui-même.

William L. Davis a également déposé comme témoin-expert. Maintenant expert-conseil sur des questions correctionnelles, il quittait récemment, pour prendre sa retraite, le poste d'administrateur des Services correctionnels, à la tête du système pénitentiaire fédéral des États-Unis. Il a travaillé pendant 25 ans au sein du service pénitentiaire des États-Unis, assumant des responsabilités de plus en plus grandes à l'échelle locale, régionale et nationale. Il a participé directement à l'application et à la gestion d'un programme d'analyse d'urines dès son introduction, en 1978, dans les prisons fédérales des États-Unis.

Dans sa déposition, M. Davis a abordé la question du lien entre les drogues et la violence; avec l'accroissement de l'usage des drogues dans la société en général, les prisons fédérales américaines avaient connu une augmentation de la consommation de drogues chez les détenus ce qui, a-t-on constaté, avait un effet direct sur le niveau de violence. Dans les années 1960 et 1970, le nombre d'incidents avec violence engageant les détenus entre eux, de même que des détenus et des membres du personnel, avait augmenté et, après enquête, il semblait manifeste que la consommation et le commerce de la drogue dans les établissements jouaient un rôle important dans les incidents marqués par la violence. Cet état de choses existait même si les vrais toxicomanes ne représentaient qu'une faible proportion des détenus et que la plupart des utilisateurs de drogues dans les établissements étaient des consommateurs de drogues douces et non des toxicomanes. Avant la mise en œuvre du programme aux États-Unis, les détenus et les membres du personnel ont été mis au fait de ce qui était projeté. Des rapports statistiques visant la première année révélèrent un nombre de cas d'analyses positives substantiellement inférieur à ce qui avait été prévu. Selon Davis, ceci indiquerait clairement que la population carcérale savait que le programme serait traité avec sérieux; en effet, au cours de cette première année, le nombre d'incidents violents a baissé de façon significative, à l'instar du nombre d'incidents apparemment liés

of incidents of violence related to drugs has been reduced and has generally continued to decline.

From the beginning the system introduced in U.S. federal prisons had involved three categories of inmates. Random sampling of 5% of all inmates in each institution was conducted each month based upon computer-generated lists, a process that required a sample from each inmate present in the institution whose name was included on the list in order from the top of the list until 5% of those present were tested. The second group, who are each required to be tested monthly, were those considered a high risk group, including all those with a history of drug addiction, previous positive tests in the institution, or those whom a staff member believes may be under the influence of a drug and who then may be required to provide a sample if ordered to do so by a staff supervisor who has discretion to so order. The third group tested are those engaged in community activities, including the equivalent of pre-release programs in Canadian institutions, that is, those on escorted or unescorted leave from an institution, or those participating in other group activities outside the institution. Among this third group at least 50% are to be tested on their return to the institution and the Warden of each institution may require that all of them be tested on every return to the institution. It is of some interest to note an inmate may be subject to urinalysis testing on the basis of a mandatory sample more frequently than once a month if he happens to be included within more than one of these groups.

The program introduced in U.S. federal prisons has utilized the EMIT test and the GC/MS test for confirmation of positive tests. The U.S. service has not done any of its own testing but has the tests conducted by outside laboratories. A positive test or refusal to provide a sample when ordered to do so is subject to disciplinary action with penalties related to the offence. Thus if the offence does

à la drogue. Même s'il est difficile d'émettre des commentaires sur le niveau de violence en général, Davis a indiqué que depuis l'introduction du programme en 1978, le nombre d'incidents violents liés à la drogue a diminué et que cette tendance se poursuit.

Dès le départ, le programme introduit dans les prisons fédérales américaines visait trois catégories de détenus. On établissait chaque mois un échantillonnage au hasard de 5 % de tous les détenus de chaque établissement, à l'aide de listes informatiques; selon ce procédé, tout détenu présent dans l'établissement et dont le nom figurait sur la liste devait fournir un échantillon, jusqu'à ce que 5 % des détenus présents aient fait l'objet d'une analyse. Les membres du deuxième groupe devaient faire l'objet d'analyses mensuellement; il s'agissait des personnes jugées à risque élevé, notamment celles qui avaient des antécédents de toxicomanie ou qui avaient obtenu des résultats positifs antérieurs dans l'établissement, ou encore des personnes à qui, sur la foi d'un agent estimant qu'elles étaient sous l'effet d'une drogue, un superviseur compétent avait ordonné de fournir un échantillon. Le troisième groupe était composé des détenus participant à des activités collectives, y compris des programmes semblables aux programmes prélibératoires en vigueur dans les établissements canadiens, c'est-à-dire des détenus qui profitaient d'absences temporaires avec ou sans escorte ou qui participaient à d'autres activités de groupe à l'extérieur de l'établissement. Dans ce troisième groupe, au moins 50 % des détenus devaient faire l'objet d'une analyse à leur retour à l'établissement et le directeur de chaque établissement pouvait exiger qu'ils fassent tous l'objet d'une analyse à chaque retour. Il y a lieu de souligner qu'un détenu pouvait faire l'objet d'une analyse d'urines obligatoire plus d'une fois par mois s'il faisait partie de plus d'un groupe.

Le programme introduit dans les prisons fédérales américaines emploie la technique EMIT pour l'analyse et la méthode GC/MS pour la confirmation des analyses positives. Le service américain ne procède pas lui-même aux analyses, mais les confie à des laboratoires extérieurs. Une analyse positive ou un refus de fournir un échantillon sur demande rend le détenu passible de mesures disciplinaires et

not involve a visiting program, penalties in relation to such program are not imposed.

From his experience Mr. Davis offered a number of opinions. He has no doubt that violent incidents arising from drug use or marketing within institutions have continued to decline in number over the years, particularly since testing for marijuana, once the most used drug in institutions, was incorporated into the program in 1984. He believes that the perceived benefits of the system adopted in U.S. institutions depend upon regular testing of the three groups identified for this provides a program which is clearly to be taken seriously and thus deters use and trafficking of drugs in institutions. In his view, if testing were only possible where staff had reasonable grounds to believe that an inmate was under the influence of drugs, that would hardly be worth pursuing. I assume he meant by this that it would do little to deter use and trafficking. Finally it was his opinion that Jackson's sense that an order to provide a urine sample for testing was degrading and that overall the program as introduced at Joyceville had a negative impact on life in the prison, would not be shared by most inmates. In his view and from his experience in U.S. institutions, the majority of inmates prefer a system which ultimately deters drug use and trafficking and contributes to a more safe and secure environment within the institutions.

Resolving the Issues

Having summarized significant evidence in this action, my conclusions on the issues raised may now be summarized as follows, in the order in which these were discussed by counsel for the plaintiff. The reasons for these conclusions are then set out in turn in relation to each of the issues.

1) After brief comment I decline to determine the issue concerning the jurisdiction of the Disciplinary Tribunal to deal with Charter issues

de sanctions liées à l'infraction. Si l'infraction n'est pas liée à un programme de visites, il n'y a pas de sanction à l'égard de ce programme.

M. Davis a exprimé un certain nombre d'opinions à la lumière de son expérience. Il ne fait aucun doute pour lui que le nombre d'incidents violents découlant de la consommation ou de la vente de drogues dans les établissements baisse continuellement avec les années, surtout depuis l'incorporation au programme, en 1984, de l'analyse visant la marijuana, la drogue la plus consommée dans les établissements. Il croit que les avantages reconnus du programme adopté pour les établissements des États-Unis dépendent d'une analyse régulière visant les membres des trois groupes identifiés, parce qu'il s'agit là d'un programme qui est manifestement pris au sérieux et qui sert ainsi à dissuader les détenus de consommer et de vendre des drogues dans les établissements. À son avis, si le programme ne prévoyait l'analyse que lorsqu'un agent a des motifs raisonnables de croire qu'un détenu est sous l'effet de drogues, il serait pratiquement inutile de le maintenir. Je suppose qu'il veut dire par là que le programme ferait très peu pour décourager la consommation et la vente. Enfin, il était d'avis que la plupart des détenus ne partageaient pas l'opinion de Jackson qui estimait qu'un ordre de fournir un échantillon d'urine en vue d'une analyse était dégradant et que, dans l'ensemble, le programme introduit à Joyceville avait un effet négatif sur la vie en prison. Fort de son expérience dans les établissements américains, il était d'avis que la majorité des détenus préfèrent un programme qui, au bout du compte, décourage la consommation et la vente de drogues et contribue ainsi à un environnement plus sûr.

h Décision

J'ai résumé les éléments de preuve importants dans cette action. Je vais maintenant résumer mes conclusions sur les points litigieux, en suivant l'ordre dans lequel l'avocat du demandeur a discuté ces points. On trouvera ensuite l'exposé des motifs de ma décision par rapport à chacun de ces points litigieux.

1) Je vais faire quelques brèves observations sur la question de la compétence du tribunal disciplinaire pour connaître des questions concernant

since a determination of that matter is not essential for disposition of this case.

2) Section 41.1 in so far as it permits a member to require an inmate, who is considered to have ingested an intoxicant, to provide a specimen of the inmate's urine for analysis to detect the presence of an intoxicant in the body of the inmate contravenes section 8 of the Charter by providing for an unreasonable search.

3) Section 41.1 in so far as it permits a member to require an inmate, who is considered to have ingested an intoxicant, to provide a specimen of the inmate's urine for analysis to detect the presence of an intoxicant in the body of the inmate, when coupled with disciplinary proceedings for failure to obey a lawful order if the requirement not be met, contravenes section 7 of the Charter by depriving the inmate of the right to liberty and security of the person in a manner that does not accord with the principles of fundamental justice.

4) Section 41.1 is not a reasonable limitation on rights and liberty set out in sections 7 and 8 that can be demonstrably justified in a free and democratic society and thus is not supportable under section 1 of the Charter.

5) Section 41.1 does not discriminate in the manner set out in section 15 of the Charter and it does not infringe upon or detract from equality rights as established by that section.

Jurisdiction of the Independent Disciplinary Tribunal to deal with Constitutional Issues

The plaintiff seeks a declaration that the Disciplinary Tribunal unlawfully declined to exercise its jurisdiction in this case. On this issue the Independent Chairperson of the Tribunal, in his decision rendered in November, 1987, concluded:

3. Counsel for the inmate in written arguments submits that section 41.1 of the Regulations is "ultra vires" the *Constitution of Canada* as it is an [sic] inconsistent with section 7 and section 8 of the Charter. Counsel goes further and submits that since section 41.1 is "ultra vires" and there being no other statutory or common law authority for the order in question, the order itself was illegal and need not have been obeyed.

la Charte, mais je m'abstiens de me prononcer là-dessus parce qu'il n'est pas essentiel de trancher cette question en l'espèce.

2) Dans la mesure où il permet à un membre d'exiger d'un détenu, qui aurait absorbé une substance hallucinogène, qu'il fournisse un échantillon d'urine en vue d'une analyse destinée à déceler la présence de cette substance dans son organisme, l'article 41.1 du Règlement enfreint l'article 8 de la Charte parce qu'il autorise une fouille ou une perquisition abusive.

3) Dans la mesure où il permet à un membre d'exiger d'un détenu, qui aurait absorbé une substance hallucinogène, qu'il fournisse un échantillon d'urine en vue d'une analyse destinée à déceler la présence de cette substance dans son organisme, l'article 41.1 du Règlement, étant donné que le refus de fournir l'échantillon donne lieu à des audiences disciplinaires pour désobéissance à un ordre légitime, enfreint l'article 7 de la Charte parce qu'il porte atteinte au droit du détenu à la liberté et à la sécurité de sa personne, d'une manière qui n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale.

4) L'article 41.1 du Règlement ne constitue pas une restriction raisonnable des droits et libertés prévus aux articles 7 et 8, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

5) L'article 41.1 du Règlement n'établit pas de discrimination interdite par l'article 15 de la Charte et il ne porte pas atteinte aux droits à l'égalité garantis par cet article.

Compétence du tribunal disciplinaire indépendant pour connaître de questions constitutionnelles

Le demandeur sollicite un jugement déclaratoire portant que le tribunal disciplinaire s'est abstenu sans droit d'exercer sa compétence dans cette affaire. Dans sa décision rendue en novembre 1987, le président indépendant du tribunal s'est prononcé sur cette question de la façon suivante:

[TRADUCTION] 3. Dans son argumentation écrite, l'avocat du détenu soutient que l'article 41.1 du Règlement est «ultra vires», parce qu'il est incompatible avec la *Constitution du Canada*, notamment avec les articles 7 et 8 de la Charte. L'avocat affirme en outre que, puisque l'article 41.1 est «ultra vires» et que le pouvoir de donner l'ordre en question ne reposait sur aucune loi ni sur la *common law*, l'ordre lui-même était illégal et qu'il n'était pas obligatoire d'y obéir.

4. Before dealing with Counsel's argument it must first be determined if an Independent Chairperson, such as myself, has the jurisdiction to determine the validity of this or any other Regulation contained in the *Penitentiary Service Regulations*.

5. In the case of *Ouimet v. The Queen* reported in 1978, 1 F.C.R. at 627 [sic at 672], given October, 1977, it was held that the question "whether or not Regulations are ultra vires is for the Courts to determine and not the Tribunal itself".

6. Again, the Supreme Court of Canada, in the *Martineau Case*, held that a prison tribunal is not a Court. This case was cited and followed in the case of *Joyce Bull v. Helen King MaLeod* [sic] reported 1986 F.C.R. a decision of the Federal Court Trial Division in [sic] December 5, 1986.

7. Having regard to these cases, I find that this tribunal is not a Court and I therefore do not have any jurisdiction to deal with the question of whether or not section 41.1 is "ultra vires".

In my view the judicial precedents relied upon by the Chairperson are not conclusive on the question of jurisdiction of the Disciplinary Tribunal to deal with defences, here raised on behalf of Jackson, based on the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. It is surprising that no reference was made to the one precedent dealing directly with the issue here raised, the lawfulness of an order under section 41.1 of the Regulations, that is *Dion*. That decision was issued by Mr. Justice Galipeau in August 1986, and was probably published in the report series prior to the decision of the tribunal some 15 months later in November 1987. The decision in *Dion* must have been known to the Commissioner and other senior officers of the Correctional Service, as it apparently was to the witness Harvey, before disciplinary proceedings were initiated against Jackson in May 1987.

While appeal of the decision in *Dion* would have the effect of staying any order of Mr. Justice Galipeau (see: article 497 of the Quebec *Code of Civil Procedure* [R.S.Q., c. C-25]), I have some question about the fairness of the process of disciplinary proceedings in which Jackson was involved if Correctional Service officers did not bring the decision in *Dion* to the attention of the Chairperson during those proceedings. My question remains but I do not propose to pursue it for no evidence on the matter was presented and that question was not argued at trial.

What was argued at trial was the jurisdiction of the Disciplinary Tribunal in light of evolving juris-

4. Avant de me pencher sur l'argument de l'avocat, je dois tout d'abord décider si un président indépendant, comme moi-même, est compétent pour statuer sur la validité d'une disposition du *Règlement sur le service des pénitenciers*.

5. Dans la décision *Ouimet c. La Reine*, [1978] 1 C.F. 627 (sic, 672), rendue en octobre 1977, la Cour a décidé «qu'il appartient aux cours et non à un tribunal administratif de décider du caractère ultra vires d'un règlement».

6. Dans l'arrêt *Martineau*, la Cour suprême du Canada a elle aussi décidé qu'un comité de discipline dans un pénitencier n'est pas un tribunal judiciaire. Cette décision a été citée et suivie par la Section de première instance de la Cour fédérale, le 5 décembre 1986, dans l'affaire *Joyce Bull c. Helen King MaLeod* (sic), publiée dans [1986] C.F.

7. Étant donné cette jurisprudence, j'estime que ce tribunal n'est pas une cour et je suis donc incompétent pour connaître de la question de savoir si l'article 41.1 est «ultra vires».

À mon avis, la jurisprudence invoquée par le président n'est pas concluante quant à la question de la compétence du tribunal disciplinaire pour connaître des moyens de défense soulevés en l'espèce par Jackson et fondés sur la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il est étonnant que l'on n'ait pas fait mention du seul précédent traitant explicitement de la question en litige en l'espèce, soit la légalité de l'ordre donné conformément à l'article 41.1 du Règlement: la décision *Dion*. Celle-ci a été rendue par le juge Galipeau en août 1986 et elle a probablement été publiée dans le recueil avant que le tribunal n'ait rendu sa décision en novembre 1987, soit environ quinze mois plus tard. Le commissaire et les autres fonctionnaires supérieurs du Service correctionnel devaient être au courant de la décision *Dion*, puisque apparemment le témoin Harvey la connaissait, avant que ne soient tenues en mai 1987 des audiences disciplinaires mettant en cause Jackson.

Certes, l'appel formé contre la décision *Dion* suspendrait l'exécution de toute ordonnance du juge Galipeau (voir l'article 497 du *Code de procédure civile* du Québec [L.R.Q., chap. C-25]), mais je m'interroge sur l'équité du processus disciplinaire auquel Jackson a été soumis si les fonctionnaires du Service correctionnel n'ont pas attiré l'attention du président du tribunal disciplinaire sur la décision *Dion*. La question reste posée mais je ne me propose pas de m'y arrêter parce qu'aucune preuve n'a été produite à ce sujet et que cette question n'a pas été débattue au procès.

Les débats au procès ont porté sur la compétence du tribunal disciplinaire à la lumière de la

prudence concerning jurisdiction of tribunals other than superior courts to deal with Charter issues raised before them. That general matter has now been dealt with in a number of cases arising in the provincial courts and in this Court, often in relation to one or both of subsections 24(1) and 52(1) of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982, 1982, c. 11* (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] which includes the Charter. Those sections provide:

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.

52. (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

Subsection 24(1) does not confer any remedial jurisdiction, at least so far as tribunals other than superior courts are concerned: *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863. Whether subsection 52(1) is ultimately to be accepted as the basis for some, or all, or none of the many tribunals other than superior courts to decline to apply laws which are said to be contrary to the Charter, awaits clarification by the Supreme Court of Canada. Decisions of the Federal Court of Appeal on this matter have recognized the authority of certain bodies to refuse to apply legislation or regulations found to be in conflict with the Charter. Deemed competent to do so have been the Immigration Appeal Board (*Law v. Solicitor General of Canada*, [1985] 1 F.C. 62 (C.A.)) and Boards of Referees and Umpires under the *Unemployment Insurance Act, 1971* [S.C. 1970-71-72, c. 48] (*Zwarich v. Canada (Attorney General)*, [1987] 3 F.C. 253 (C.A.)) and *Tétreault-Gadoury v. Canada (Canada Employment and Immigration Commission)*, [1989] 2 F.C. 245 (C.A.). In other cases the same Court has declined to recognize that a review committee dealing with appeals under the *Family Allowances Act, 1973* [S.C. 1973-74, c. 44] has any capacity to deal with the issue, at least in cases where it has purported to provide remedies beyond the scope of its statutory powers: (*Canada (Attorney General) v. Vincer*, [1988] 1 F.C. 714 (C.A.); *Alli v.*

jurisprudence concernant la compétence des tribunaux, autres que des cours supérieures, pour connaître de questions concernant la Charte dont ils ont été saisis. Cette question, de façon générale, a maintenant été étudiée dans bon nombre de causes devant les tribunaux provinciaux et devant cette Cour, souvent par rapport à l'un ou l'autre des paragraphes 24(1) et 52(1) 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]], qui comprend la Charte. Voici le texte de ces dispositions:

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.

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

Le paragraphe 24(1) n'attribue pas de compétence pour accorder une réparation, du moins en ce qui concerne les tribunaux autres que les cours supérieures: *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863. La Cour suprême du Canada ne s'est pas encore prononcée sur la question de savoir si le paragraphe 52(1) est, en dernière analyse, la disposition que les nombreux tribunaux, autres que les cours supérieures, ou certains d'entre eux, peuvent invoquer pour s'abstenir d'appliquer les lois qui seraient contraires à la Charte, selon les justiciables en cause. Dans les décisions sur cette question qu'elle a rendues jusqu'à présent, la Cour d'appel fédérale a reconnu le pouvoir de certains organismes de refuser d'appliquer des lois ou des règlements incompatibles avec la Charte. La Commission d'appel de l'immigration (*Law c. Solliciteur général du Canada*, [1985] 1 C.F. 62 (C.A.)) et des conseils arbitraux et des juges-arbitres désignés conformément à la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* [S.C. 1970-71-72, chap. 48] (*Zwarich c. Canada (Procureur général)*, [1987] 3 C.F. 253 (C.A.)) et *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada)*, [1989] 2 C.F. 245 (C.A.) ont été tenus pour compétents pour rendre pareille décision. Dans d'autres affaires, la même Cour a refusé de reconnaître à un comité de révision chargé d'entendre les appels formés en vertu de la *Loi de 1973*

Canada (Attorney General) (1988), 88 N.R. 1 (F.C.A.); *Canada (Procureur général) v. Sirois* (1988), 90 N.R. 39 (F.C.A.)). The matter may be clarified by the Supreme Court of Canada when it deals with an appeal in *Tétreault-Gadoury v. Canada (Canada Employment and Immigration Commission)*, *supra*, leave to appeal granted [[1989] 2 S.C.R. 1110].

If it were necessary for decision in this case to determine the issue concerning jurisdiction of the Disciplinary Tribunal, an argument of the plaintiff would have to be considered. That is, if the tribunal has no jurisdiction to deal with a defence based on Charter issues, so that an accused can only raise that defence effectively by resorting to judicial review, the inmate would be denied rights assured by section 7 of the Charter. It is submitted that failure to consider defences based on the Charter, when an accused inmate is charged before a Disciplinary Tribunal, would deprive the inmate of his liberty and security contrary to principles of fundamental justice. In the circumstances of this case that deprivation might also be said to arise from failure of the independent chairperson of the tribunal to apply the law as determined in the superior court, if that were known, as it ought to have been.

I would be inclined to accept the plaintiff's submission if it were necessary to determine this issue, at least in a case where the matter raised before the Disciplinary Tribunal is not one of first impression but has already been determined by a superior court, here the Quebec Superior Court in *Dion*, before the disciplinary proceedings were initiated in relation to Jackson. I note that at trial the plaintiff's submission was not fully developed or argued. Since its determination is not essential for disposition of this case I leave this issue unresolved.

sur les allocations familiales [S.C. 1973-74, chap. 44] l'aptitude à juger la question, du moins dans les cas où il entendait accorder une réparation dépassant les attributions dont la loi l'avait investi: *a Canada (Procureur général) c. Vincer*, [1988] 1 C.F. 714 (C.A.); *Alli c. Canada (Procureur général)* (1988), 88 N.R. 1 (C.A.F.); *Canada (Procureur général) c. Sirois* (1988), 90 N.R. 39 (C.A.F.). La Cour suprême du Canada apportera *b* peut-être des éclaircissements sur cette question quand elle statuera sur le pourvoi dans *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada)*, précité, autorisation de pourvoi accordée [[1989] 2 R.C.S. 1110].

c S'il était nécessaire en l'espèce de trancher la question de la compétence du tribunal disciplinaire, il faudrait examiner un argument que le demandeur fait valoir. Cet argument veut que, si le tribunal n'est pas compétent pour statuer sur un moyen de défense fondé sur la Charte, de sorte que *d* l'accusé ne peut invoquer ce moyen de défense et avoir gain de cause que devant la cour exerçant le contrôle judiciaire, celui-ci serait privé de droits garantis par l'article 7 de la Charte. Selon cette *e* thèse, si le tribunal disciplinaire chargé d'entendre l'accusation portée contre un détenu ne tenait pas compte des moyens de défense fondés sur la Charte, ce dernier serait privé de son droit à la *f* liberté et à la sécurité de sa personne en contravention des principes de justice fondamentale. Dans les circonstances de la présente affaire, on pourrait également affirmer que ce droit a été violé parce que le président indépendant du tribunal n'a pas *g* appliqué la loi telle que définie par la Cour supérieure, si la décision de celle-ci avait été connue, comme cela aurait dû être le cas.

J'aurais tendance à accepter l'argument du *h* demandeur si cela était nécessaire pour trancher le litige, du moins dans une affaire où la question soumise au tribunal disciplinaire ne nécessite pas que celui-ci juge selon sa première impression, mais où elle a déjà été décidée par une cour *i* supérieure, en l'occurrence la Cour supérieure du Québec dans l'affaire *Dion*, avant que Jackson n'ait fait l'objet d'audiences disciplinaires. Je remarque qu'au procès, l'argument du demandeur n'a pas été développé ni soutenu à fond. Puisqu'il *j* n'est pas essentiel de trancher cette question en l'espèce, je vais m'abstenir de rendre une décision sur ce point.

Section 8

Section 8 of the Charter provides that:

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

The plaintiff submits that section 41.1 of the Regulations provides for a search that is prohibited by section 8 because it authorizes a urine specimen to be required of an inmate by a staff member without reference to any standard or circumstance except necessity as considered by the staff member, and upon risk of punishment if convicted at disciplinary proceedings for testing positive or for failing to provide the required specimen. A "compulsory" urinalysis testing procedure of this sort is said to constitute a search within the meaning of section 8 of the Charter. In the absence of consent by an inmate it is submitted that the taking of a urine sample would constitute a search and seizure. The plaintiff relies by analogy upon cases concerning non-consensual blood samples (*R. v. Racette* (1988), 48 D.L.R. (4th) 412 (Sask. C.A.); *R. v. Katsigiorgis* (1987), 62 O.R. (2d) 441 (C.A.); *R. v. Dymont* (1986), 57 Nfld. & P.E.I.R. 210 (P.E.I.C.A.)) and breath samples (see: *R. v. Enns* (1987), 85 A.R. 7 (Prov. Ct.)); and contra *R. v. Holman* (1982), 28 C.R. (3d) 378 (B.C. Prov. Ct.).

In the amended statement of defence filed in this action it is pleaded on behalf of the defendants that "the requirement to give a urine sample does not constitute a search within the meaning of section 8 of the Charter, and in any event such a requirement is not unreasonable". At trial little argument was made about the regulation not providing for a search, except that under the Regulations an inmate could decline to provide a sample, and thus avoid any search or implications of a search. While that may be accurate in a technical sense, such action exposes an inmate to disciplinary proceedings and punishment upon conviction for failure to provide a sample when ordered to do so. In these circumstances it can hardly be said that an inmate is free to refuse to provide a sample. Indeed, should he do so he is then subject to penalties similar to those that may apply in the

L'article 8

L'article 8 de la Charte est ainsi conçu:

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

Le demandeur soutient que la fouille prévue à l'article 41.1 du Règlement est interdite par l'article 8 parce que l'article 41.1 autorise un membre du personnel à exiger d'un détenu qu'il fournisse un échantillon d'urine, sans faire mention d'aucune norme ou circonstance excepté la nécessité, qui est laissée à l'appréciation du membre du personnel, et parce que le détenu s'expose à une sanction s'il est déclaré coupable au terme d'audiences disciplinaires, soit du fait de ses résultats positifs, soit du fait qu'il n'a pas fourni l'échantillon exigé. «L'obligation» faite au détenu de se soumettre à une analyse d'urines de cette manière constituerait une fouille au sens de l'article 8 de la Charte. Selon cet argument, faute de consentement du détenu, l'obligation de fournir un échantillon d'urine constituerait une fouille et une saisie. Le demandeur se fonde par analogie sur la jurisprudence concernant le prélèvement d'échantillons de sang sans le consentement de l'intéressé (*R. v. Racette* (1988), 48 D.L.R. (4th) 412 (C.A. Sask.); *R. v. Katsigiorgis* (1987), 62 O.R. (2d) 441 (C.A.); *R. v. Dymont* (1986), 57 Nfld. & P.E.I.R. 210 (C.A.I.-P.-É.)) et le prélèvement d'échantillons d'haleine (voir *R. v. Enns* (1987), 85 A.R. 7 (C. prov.)); il cite en outre contra, *R. v. Holman* (1982), 28 C.R. (3d) 378 (C. prov. C.-B.).

Dans la défense modifiée produite dans cette action, les défendeurs allèguent que [TRADUCTION] «l'obligation faite [aux détenus] de fournir un échantillon d'urine ne constitue pas une fouille au sens de l'article 8 de la Charte et que de toute façon il n'est pas abusif de l'exiger». Au procès, on n'a pas tenté sérieusement de démontrer que la disposition réglementaire n'avait pas pour objet une fouille, sauf pour soutenir qu'en vertu du Règlement, un détenu pourrait refuser de fournir un échantillon et ainsi se soustraire à toute fouille ou aux effets d'une fouille. Certes, cette affirmation est en apparence exacte, mais le détenu est passible de sanctions au terme d'audiences disciplinaires tenues au sujet de son refus de fournir un échantillon en dépit de l'ordre reçu. On peut donc difficilement affirmer que le détenu a la faculté de refuser de fournir un échantillon. En fait, en cas de

case of an inmate who tests positive for the presence of unauthorized intoxicants in his body. Ultimately, the effect of refusing is to be treated as though one has consumed unauthorized intoxicants, at least so far as punishment may be concerned. In these circumstances any suggestion that the Regulations do not provide for a search seems to me unwarranted.

Is the search as here authorized one that is unreasonable within the meaning of that qualifying term as used in section 8 of the Charter? In *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at page 278, Mr. Justice Lamer, speaking for a majority of the Court in regard to section 8, said:

A search will be reasonable if it is authorized by law, if the law itself is reasonable and if the manner in which the search was carried out is reasonable.

Matters raised in argument in Jackson's case concern all three aspects of these criteria of reasonableness.

The defendants raised two considerations relating to the manner in which the search provided for by the Regulations would be carried out. They submitted that no serious question was here raised about the validity of the testing processes, first by using the EMIT-ST test and later by use of that test and the GC/MS test for confirming positive test results. The defendants referred to American jurisprudence upholding the technical validity of these testing processes in relation to urinalysis testing programs for prison inmates (see: *Jensen v. Lick*, 589 F. Supp. 35 (Dist. Ct. 1984); *Spence v. Farrier*, 807 F.2d 753 (8th Cir. 1986); *Peranzo v. Coughlin*, 675 F. Supp. 102 (S.D.N.Y. 1987)) or for employees of a federal agency (see: *National Treasury Employees Union v. Von Raab*, 816 F. 2d 170 (5th Cir. 1987) upheld on appeal 103 L.Ed. 2d 685 (1989)). I conclude that the technical testing processes here developed would not constitute an unreasonable manner of search violating section 8 of the Charter if the regulations were otherwise not unreasonable.

The defendants also submitted that little weight should be given to the plaintiff's concern that, as administered, the test was degrading, for in fact

refus, il encourt des sanctions semblables à celles qui le frapperaient si les résultats de son analyse étaient positifs, c'est-à-dire s'ils permettaient de déceler la présence dans son organisme de substances hallucinogènes interdites. En fin de compte, le refus est assimilé à la consommation desdites substances, du moins en ce qui a trait à la sanction. Vu ces circonstances, il me semble impossible d'affirmer que le Règlement n'a pas une fouille pour objet.

La fouille ainsi autorisée est-elle abusive au sens de l'article 8 de la Charte? Dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, à la page 278, le juge Lamer, représentant la majorité, dit ce qui suit au sujet de l'article 8:

Une fouille ne sera pas abusive si elle est autorisée par la loi, si la loi elle-même n'a rien d'abusif et si la fouille n'a pas été effectuée de manière abusive.

Dans la cause de Jackson, l'argumentation porte sur ces trois critères relatifs au caractère abusif de la fouille.

Les défendeurs ont fait valoir deux arguments touchant la manière dont la fouille prévue par le Règlement doit être faite. Ils ont affirmé que l'on n'avait pas sérieusement mis en doute la validité des méthodes d'analyse, soit d'une part, la technique EMIT-ST et d'autre part, la confirmation des résultats positifs au moyen de la méthode GC/MS (chromatographie en phase gazeuse et spectromètre de masse). Les défendeurs ont fondé la validité, du point de vue technique, de ces méthodes d'analyse sur la jurisprudence américaine relative aux programmes d'analyse d'urines des détenus (voir: *Jensen v. Lick*, 589 F. Supp. 35 (Dist. Ct. 1984); *Spence v. Farrier*, 807 F.2d 753 (8th Cir. 1986); *Peranzo v. Coughlin*, 675 F. Supp. 102 (S.D.N.Y. 1987) et des fonctionnaires d'organismes fédéraux (voir: *National Treasury Employees Union v. Von Raab*, 816 F. 2d 170 (5th Cir 1987) confirmé en appel par 103 L.Ed. 2d 685 (1989)). Je conclus que les techniques d'analyse retenues en l'occurrence ne constituent pas une manière abusive d'effectuer une fouille, au sens de l'article 8 de la Charte, si le Règlement lui-même n'est pas par ailleurs abusif.

Les défendeurs ont également soutenu qu'il fallait donner peu de poids à l'allégation du demandeur selon laquelle l'analyse d'urines, étant donné

the plaintiff had declined to provide a sample, and could hardly complain of feeling degraded by providing one. Moreover, it was submitted the requirement was less intrusive of privacy than a strip search implicitly authorized, with exceptions, by the *Weatherall* decisions, cited below. (See also *McDonell v. Hunter*, 809 F.2d. 1302 (8th Cir. 1987) upholding the validity of urinalysis testing applied to employees of State department of Corrections at state prison institutions.) Urine sampling and testing was not a process unknown to those who had been medically examined, for example, and was not generally considered intrusive. Comparing the relative measure of intrusiveness, in relation to privacy expectations, of strip searches compared to providing urine samples on order under direct surveillance of another does not, in my view, assist greatly.

The process here to be followed in providing a required specimen does interfere with privacy expectations of an individual. The significance of that is perhaps best assessed in considering the reasonable nature of the law in question and not as a separate matter relating to the manner in which the law is applied. That is particularly the case where, as here, the facts established do not really put in issue the manner in which the search under section 41.1 of the Regulations was carried out, for Jackson declined to provide a sample and there was no search.

In assessing whether the law here authorizing a search was reasonable it is necessary first to determine what constitutes the law that is in issue. The plaintiff submits that section 41.1 of the Regulations must be considered apart from Commissioner's directives, institutional standing orders or other policy memoranda or plans of the Correctional Service. Only the Act and Regulations are said to have the force of law and these include no standards or criteria for staff or inmates about the application of section 41.1. It is said to be too broadly drafted and to be open to abuse by staff members who may act upon whim or mere suspicion without any reasonable ground for belief that an inmate has consumed unauthorized intoxicants.

la manière dont on procédait, était dégradante, parce qu'en fait, celui-ci avait refusé de fournir un échantillon et ne pouvait guère se plaindre qu'il se sentait dégradé en en fournissant un. Au surplus, ils ont affirmé que la méthode portait moins atteinte à la vie privée que les fouilles à nu qu'autorisent implicitement, sauf dans certains cas, les décisions *Weatherall*, citées ci-dessous. (Voir aussi *McDonell v. Hunter*, 809 F.2d. 1302 (8th Cir. 1987) confirmant la validité de l'analyse d'urines à laquelle étaient soumis les employés du service correctionnel de l'État dans les prisons relevant de celui-ci.) Les personnes qui avaient fait l'objet d'un examen médical, par exemple, avait l'expérience de l'analyse d'urines et ne considéraient généralement pas qu'elle portait atteinte à leur vie privée. Du point de vue de la gravité relative de l'atteinte à la vie privée, la comparaison des fouilles à nu et des analyses d'urines qui supposent que la personne reçoive l'ordre de fournir un échantillon sous surveillance directe n'est pas d'un grand secours, à mon avis.

La manière dont, en l'occurrence, la personne doit fournir l'échantillon requis porte effectivement atteinte à sa vie privée. Le meilleur moyen d'apprécier la portée de cette atteinte consiste peut-être à examiner le caractère abusif de la loi en question plutôt qu'à s'arrêter à la manière dont la loi est appliquée. D'autant plus qu'en l'espèce, les faits établis ne concernent pas vraiment la manière dont la fouille a été faite en vertu de l'article 41.1 du Règlement, puisque Jackson a refusé de fournir un échantillon et qu'il n'y a pas eu de fouille.

Pour juger du caractère abusif de la loi autorisant la fouille en l'espèce, il est nécessaire de déterminer d'abord quelle est la loi en litige. Selon l'argument du demandeur, il faut faire la distinction entre l'article 41.1 du Règlement et les directives du commissaire, les ordres permanents et les autres énoncés de politique ou programmes du Service correctionnel. Seulement la Loi et le Règlement auraient force de loi et ceux-ci ne contiennent aucune norme ou critère à l'intention du personnel ou des détenus concernant l'application de l'article 41.1. Cet article serait de rédaction trop générale et donnerait prise aux abus du personnel, qui pourrait agir par caprice ou sur un simple soupçon sans être fondé à croire qu'un

Moreover, when a urine sample is ordered to be provided no explanation need be given to the inmate and the order may be made, as it was by Finucan in this case, by a staff member who has had no recent direct contact with the inmate. For the defendants it is urged that the whole of the urinalysis program as originally planned and now amplified by Commissioner's directives and institutional standing orders is in issue here, implicitly inviting construction of the general regulation in light of the later directives and orders.

Each party, it seems, looks to possible extremes in outcome if the regulation were to be held valid or invalid. In my view, it is not the whole of the planned program that is here in issue for the facts as here pleaded and established by evidence relate to one aspect of the program that was implemented. Here a staff member required a urine specimen to be provided for testing because it was considered necessary to detect the presence of an intoxicant in the body of the plaintiff Jackson, a presence which another staff member believed to be the case. We are not here concerned with random testing which was never implemented, or with testing of one who had a known history of involvement with drugs, or with one who was involved at the relevant time with any contact visiting or community activities. Nor is this a situation where there is any evidence that the required specimen was requested on a mere whim or with any intent to abuse Jackson, aside from Jackson's own suspicions about the motives of the officers concerned. Thus the facts here pleaded and established narrow the issue to those circumstances clearly described within a narrow construction of section 41.1 as it relates to the situation where a staff member believed or suspected that Jackson had consumed an intoxicant "other than brew".

It seems clear from the decision of Mr. Justice Strayer at trial in *Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 F.C. 369 (T.D.) at pages 413-414 and of Mr. Justice Stone for the Court of

détenu a consommé des substances hallucinogènes interdites. Par surcroît, quant un membre du personnel ordonne à un détenu de fournir un échantillon d'urine, il n'a pas à lui donner d'explication et il peut donner cet ordre, comme l'a fait Finucan en l'espèce, même s'il n'est pas récemment entré en contact direct avec le détenu. La thèse que soutiennent les défendeurs veut que tout le programme d'analyse d'urines, tel que planifié à l'origine et désormais exposé dans les directives et les ordres permanents de l'établissement, soit en litige en l'espèce, nous exhortant implicitement à interpréter le texte réglementaire général à la lumière des directives et des ordres postérieurs.

Il semble que chacune des parties envisage des résultats extrêmes, selon que le règlement sera déclaré valide ou invalide. À mon avis, ce n'est pas tout le programme tel que conçu qui est en litige, car les faits allégués et établis par la preuve ne se rapportent qu'à un aspect du programme qui a été mis en vigueur. En l'occurrence, un membre du personnel a exigé de Jackson qu'il fournisse un échantillon d'urine en vue d'une analyse parce qu'il a estimé cette mesure nécessaire pour déceler la présence d'une substance hallucinogène dans l'organisme du détenu, un autre membre du personnel croyant qu'une telle substance y était présente. Ce dont nous discutons en l'espèce, ce n'est pas du choix de détenus au hasard, puisque cela n'a jamais été fait, ni du cas d'un détenu qui avait dans le passé eu des démêlés avec la justice à cause des drogues, ni d'un détenu qui participait à l'époque en cause à un programme de visites-contact ou à des activités communautaires. En outre, il n'a pas été prouvé non plus que l'échantillon a été exigé par pur caprice ou dans l'intention de brimer Jackson—abstraction faite des soupçons de Jackson à propos des mobiles des agents en cause. Par conséquent, vu les faits allégués et prouvés en l'espèce, la question se ramène aux circonstances clairement décrites, selon une interprétation stricte de l'article 41.1, savoir le fait qu'un membre du personnel a cru ou a soupçonné que Jackson avait consommé une substance hallucinogène «autre qu'un alcool de fabrication artisanale».

Il résulte, à l'évidence, de la décision du juge Strayer en première instance dans l'affaire *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 C.F. 369 (1^{re} inst.), aux pages 413 et 414, et de la

Appeal when that same case was considered on appeal (*Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 F.C. 18 (C.A.), at pages 30-36) that Commissioner's directives do not have the force of law and could not qualify the words of the regulation there in question nor prescribe a limit within section 1 of the Charter. The same reasoning, derived from the decision of Pigeon J. for the majority of the Supreme Court of Canada in *Martineau et al. v. Matsqui Institution Inmate Disciplinary Board*, [1978] 1 S.C.R. 118, at page 129, would be equally applicable to institutional standing orders.

It may be that upon reflection the Supreme Court or the Court of Appeal itself will qualify this application of *Martineau*, which was primarily concerned with the meaning to be given to section 28 of the *Federal Court Act* [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10] and not with review of issues arising in relation to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. As I read *Weatherall, supra*, the Court of Appeal was invited to adopt this approach but declined to do so. Nevertheless, in the world of government operations today a variety of initiatives are taken as outlined by a variety of documents and instruments purporting to be under general statutes and regulations, as the Government of Canada's Regulatory Reform Program itself implicitly acknowledges. There is much to be said for a broad judicial conception of what constitutes law or legal action if the Charter of Rights is to be given full scope in its application to governmental action. Until that is recognized the decision of the Court of Appeal in *Weatherall* precludes review of the question in the Trial Division of this Court.

In the result, I conclude that section 41.1 of the Regulations is to be read without modification or qualification derived from the directives and standing orders that here dealt with its application.

If one examines the text of section 41.1 the key elements provide, in both official languages:

41.1 (1) Where a member considers the requirement of a urine sample necessary to detect the presence of an intoxicant

décision du juge Stone de la Cour d'appel dans la même affaire (*Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 C.F. 18 (C.A.), aux pages 30 à 36), que les directives du commissaire n'ont pas force de loi et qu'elles ne peuvent pas assortir le règlement en cause d'une réserve ni prescrire une limite au sens de l'article premier de la Charte. Le même raisonnement, qui tire son origine de l'arrêt de la Cour suprême du Canada, rendu par le juge Pigeon au nom de la majorité, dans *Martineau et autre c. Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui*, [1978] 1 R.C.S. 118, à la page 129, serait également applicable dans le cas des ordres permanents d'un établissement.

Peut-être la Cour suprême ou la Cour d'appel réexaminera-t-elle la question et limitera-t-elle la portée de l'arrêt *Martineau*, lequel traitait avant tout du sens qu'il faut donner à l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* [S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10] et non pas des questions découlant de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Si je ne m'abuse, on a demandé à la Cour d'appel dans l'affaire *Weatherall*, précitée, de retenir cette solution mais elle s'en est abstenue. Néanmoins, dans le vaste domaine des activités de l'État aujourd'hui, diverses actions sont accomplies dans l'application de divers actes et instruments censés avoir été pris en conformité avec des lois et des textes réglementaires de portée générale, comme le reconnaît implicitement le Programme de la réforme de la réglementation fédérale. Les tribunaux seraient peut-être bien avisés en adoptant une interprétation large de ce qui constitue une règle de droit ou une action prévue par la loi si la Charte des droits doit s'appliquer intégralement à l'action de l'État. En attendant que ce principe soit reconnu, la décision de la Cour d'appel dans l'affaire *Weatherall* empêche la Section de première instance de cette Cour d'examiner cette question.

En conséquence, je conclus qu'il faut interpréter l'article 41.1 du Règlement sans tenir compte des modifications ou des réserves qui découlent des directives et des ordres permanents régissant, en l'occurrence, son application.

Voyons le texte de l'article 41.1 du Règlement, dans les deux langues officielles. Ses éléments essentiels sont les suivants:

41.1 (1) Un membre qui considère une telle mesure nécessaire pour déceler la présence d'une substance hallucinogène

in the body of an inmate, he may require that inmate to provide . . . a sample . . . to make a proper analysis of the inmate's urine

The text of the regulations in both official languages indicates a single standard or criterion or circumstance for its application, where a staff member "considers the requirement of a urine sample necessary to detect the presence of an intoxicant in the body of an inmate", or "*un membre [le] considère . . . nécessaire pour déceler la présence d'une substance hallucinogène dans l'organisme d'un détenu*", that is, a circumstance of necessity as determined by a staff member. In the case of paragraph 41(2)(c), considered in *Weatherall, supra*, search was authorized where (in the French text) "*un membre [le] considère raisonnable et nécessaire*", or (in the English text) "a member considers [it] reasonable". There the two official texts appeared to differ but both refer to considerations of reasonableness and the regulation was treated on that basis.

In this case the defendants urged that a standard of "necessity" was higher than a standard of "reasonable" action. Moreover, it was argued that the question of necessity in any case could be argued before a disciplinary tribunal, assuming proceedings were initiated against an inmate for testing positive or refusing to provide a specimen. I am not persuaded to agree. Indeed "reasonable" implies a reason related to the purpose of the regulation, a rational connection between purpose and action and, in my view it also implies a qualification on the nature of the action taken, that it be reasonable in the circumstances. These are qualifications that, for me, require something more than a conclusion that it is considered necessary to conduct a search. If the question of necessity were raised in defence in disciplinary proceedings, the regulation contains no guidance for the tribunal except reference to the belief of the staff member.

I am prepared to accept as an implied term of section 41.1 that a standard or qualification for its application is that its application must be consistent with its purpose or purposes. The words of Stone J.A. in *Weatherall, (supra)*, [1989] 1 F.C.

dans l'organisme d'un détenu peut exiger de ce dernier qu'il lui fournisse . . . un échantillon d'urine . . . pour permettre . . . d'en faire l'analyse . . .

Selon le texte du Règlement, dans les deux langues officielles, une seule norme ou critère ou circonstance régit son application, c'est-à-dire une circonstance où un membre du personnel juge la mesure nécessaire: «un membre [le] considère . . . nécessaire pour déceler la présence d'une substance hallucinogène dans l'organisme d'un détenu», ou «*considers the requirement of a urine sample necessary to detect the presence of an intoxicant in the body of an inmate*». Quant à l'alinéa 41(2)c), qui a fait l'objet de la décision *Weatherall*, précitée, la fouille était autorisée dans le cas suivant: (version française) «un membre [le] considère raisonnable et nécessaire», ou (version anglaise) «*a member considers [it] reasonable*». Les deux versions officielles semblaient différentes dans cette affaire-là, mais toutes deux se rapportaient au caractère raisonnable et le texte réglementaire a été examiné en fonction de ce critère.

Dans le cas qui nous occupe, les défendeurs ont fait valoir que la norme de «la nécessité» était plus élevée que la norme de la mesure «raisonnable». En outre, ils ont soutenu que la question de la nécessité pouvait de toute façon être soulevée devant un tribunal disciplinaire, à supposer que le détenu ait été soumis à des audiences disciplinaires en raison de ses résultats positifs ou de son refus de fournir un échantillon. On ne m'a pas persuadé du bien-fondé de cet argument. En réalité, le terme «raisonnable» suppose une raison liée au but du règlement, un lien rationnel entre le but et la mesure prise et, à mon sens, il implique aussi une réserve quant à la nature de la mesure prise, c'est-à-dire que celle-ci doit être raisonnable dans les circonstances. Étant donné ces réserves, il ne suffit pas de conclure, selon moi, que la fouille a été considérée comme nécessaire. Si la question de la nécessité était un moyen de défense invoqué au cours d'audiences disciplinaires, la disposition réglementaire ne fournit au tribunal aucun critère d'appréciation, si ce n'est la croyance du membre du personnel.

Je suis disposé à admettre que l'article 41.1 du Règlement comporte une norme ou une réserve implicite régissant son application, c'est-à-dire que celle-ci doit être compatible avec le but ou les buts du Règlement. Les propos du juge Stone de la

18, at pages 42–43), in relation to the latter regulation, are equally applicable to section 41.1 here.

This is not to suggest that the authorities and staff should have a completely freehand in these matters and so abuse their powers. The authority contained in paragraph 41(2)(c) is limited to situations where a member considers that the action is “reasonable” either to detect contraband or to maintain the good order of the institution. In my opinion, such searches must always be *bona fide*. They cannot be used with the intent of intimidating, humiliating or harassing inmates or of inflicting punishment.

Aside from an implied term that the regulation here be applied consistently with its purposes, I am not prepared to imply other specific terms, or to “read in” or “read down” section 41.1 to conform with constitutional requirements. To do so would be inconsistent with the approach approved by Dickson J. [as he then was] in *Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at pages 168-169, and followed by Strayer J. in *Weatherall, supra*, at page 397, and by others.

It is true that the decision of the Court of Appeal in *Weatherall* qualified that of Mr. Justice Strayer at trial, by limiting the order and reasoning applied to paragraph 41(2)(c) to the facts revealed by the case and the pleadings of the parties. In effect the regulation was held to be invalid only in so far as it provided for a skin search of male inmates in the presence of a female guard officer, not in a more general application. Nevertheless, the decision of Strayer J. in relation to the absence of criteria, standards or outline of circumstances for application of the regulation there in question is persuasive when considered in relation to the application of section 41.1 here in issue. It is persuasive in its drawing by analogy from the reasoning of Dickson J., as he then was, in *Hunter et al. v. Southam Inc.*, *supra*, and of Lamer J. in *R. v. Collins, supra*, and from some leading American jurisprudence, that paragraph 41(2)(c) there in question, without any express qualification or criteria other than the adjective “reasonable” in the English version and “raison-

Cour d’appel dans l’affaire *Weatherall*, précitée, [1989] 1 C.F. 18 aux pages 42 et 43, relativement à l’autre disposition susmentionnée du Règlement, sont également applicables à l’article 41.1.

^a Je n’entends pas ainsi suggérer que les autorités et le personnel devraient être laissés complètement libres en ce qui regarde ces questions et avoir ainsi la possibilité d’abuser de leurs pouvoirs. L’autorité conférée par l’alinéa 41(2)c) est limitée aux situations dans lesquelles un membre considère que la mesure visée est «raisonnable» soit pour déceler la présence d’objets détenus illégalement soit pour assurer le bon ordre au sein de l’institution. À mon avis, de telles fouilles doivent toujours être pratiquées de bonne foi. Elles ne peuvent avoir pour but d’intimider, d’humilier ou de harceler les détenus ou de leur infliger une punition.

^c Mis à part la condition implicite que comporte la disposition réglementaire en l’espèce, selon laquelle celle-ci doit être appliquée en conformité avec ses buts, je ne suis pas prêt à en inférer qu’elle comporte d’autres conditions précises, ni à donner ^d à l’article 41.1 «une interprétation large» ou «une interprétation atténuée» permettant de satisfaire aux exigences constitutionnelles. Une telle solution serait incompatible avec la méthode approuvée par le juge Dickson [tel était alors son titre] dans ^e l’arrêt *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, aux pages 168 et 169, et suivie par le juge Strayer dans l’affaire *Weatherall*, précitée, à la page 397, et par d’autres.

^f Il est vrai que la décision de la Cour d’appel dans *Weatherall* a restreint la portée du jugement du juge Strayer en première instance, en limitant l’ordonnance et le raisonnement relatif à ^g l’alinéa 41(2)c) aux faits révélés par la preuve et par les plaidoiries des parties. En fait, le Règlement a été déclaré invalide seulement dans la mesure où il visait la fouille à nu de détenus de sexe masculin en présence d’un gardien de sexe féminin, et non pas la fouille à nu en général. ^h Néanmoins, la décision du juge Strayer relativement à l’absence de critères, de normes ou de définition des circonstances régissant l’application de la disposition réglementaire en question dans ⁱ cette affaire-là, est convaincante si on l’examine dans le contexte de l’application de l’article 41.1 du Règlement en litige. Par analogie, il déduit de manière convaincante du raisonnement du juge Dickson (maintenant juge en chef) dans l’arrêt ^j *Hunter et autres c. Southam Inc.*, précité et du juge Lamer dans l’arrêt *R. c. Collins*, précité, ainsi que du raisonnement suivi dans des jugements

nable et nécessaire” in the French text, did not adequately provide standards that would ensure that a search would be reasonable within section 8 of the Charter. Thus it was invalid. That invalidity clearly underlies the decision of the Court of Appeal, though it limited the application of that decision to “cross-gender” strip searches of male inmates.

What sort of criteria might have been included in section 41.1? Is this a situation for prior approval by independent authority of the appropriateness of requesting a specimen? Prior authorization in circumstances where that is possible would appear to be a requirement of a valid search (*per* Dickson J. in *Hunter et al. v. Southam Inc.*, *supra*, at page 161), at least in a situation of search of an office. The same necessity, for prior authorization, was not considered appropriate by Strayer J. in *Weatherall* in relation to strip searches intended to detect contraband, for the evidence was clear that contraband could be disposed of fairly readily even in a prison setting if time were to be required for prior authorization. An alternative suggested was post search review by higher authority to minimize possibilities of abuse (*per* Stone J.A., in *Weatherall*, *supra*, [1989] 1 F.C. 18, at page 43). In Jackson’s case, even though no provision was made in the regulation itself for prior authorization, on the evidence presented, prior authorization of the required test was sought and obtained from a senior officer, a procedure that may have been designed to eliminate possibilities of abuse. That process would also take account of facts established in evidence that trace elements of drugs for which testing was done do not disappear from the body until some hours or even days following ingestion. Thus the pressures of time to acquire a sample would seem to be less than in the case of seeking to detect contraband carried by inmates. Indeed, in the case of an inmate like Jackson, whom it was decided should be tested for the presence of drugs as a result of his conduct, or that of others with whom he was considered to be associated, procedures might well provide not only for prior approval but also for an explanation of

américains qui font autorité, que parce qu’il ne formulait expressément aucune réserve ou critère, sauf par l’emploi de l’adjectif «*reasonable*» dans la version anglaise et des qualificatifs «*raisonnable et nécessaire*» dans la version française, l’alinéa 41(2)c) du Règlement en question dans cette affaire n’établissait pas de norme suffisante pour garantir que les fouilles ne seraient pas abusives au sens de l’article 8 de la Charte. Cette disposition était donc invalide. Son invalidité est manifestement confirmée par la Cour d’appel, bien que la décision de celle-ci soit limitée aux fouilles à nu de détenus de sexe masculin par des gardiennes.

Quel genre de critères auraient pu être inclus dans l’article 41.1? S’agit-il d’une situation dans laquelle l’opportunité d’exiger un échantillon devrait être approuvée au préalable par une autorité indépendante? L’autorisation préalable, dans les cas où elle peut être obtenue, semble être une condition de la validité d’une fouille ou d’une perquisition (le juge Dickson dans l’arrêt *Hunter et autres c. Southam Inc.*, précité, à la page 161), du moins lorsqu’il s’agit d’une perquisition dans un bureau. Dans l’affaire *Weatherall*, le juge Strayer n’a pas estimé nécessaire l’autorisation préalable par rapport à des fouilles à nu visant à déceler la présence d’objets interdits, parce qu’il ressortait clairement de la preuve qu’il serait assez facile, dans le contexte carcéral, de se départir d’objets interdits pendant le délai nécessaire pour obtenir l’autorisation préalable. Un mécanisme de révision par des supérieures, après la fouille, aurait été une solution de rechange propre à réduire au minimum les possibilités d’abus (le juge Stone de la Cour d’appel dans l’arrêt *Weatherall*, précité [1989] 1 C.F. 18, à la page 43). Dans le cas de Jackson, bien que l’autorisation préalable n’ait pas été prévue dans le Règlement lui-même, il appert des témoignages entendus que l’autorisation préalable d’un supérieur avait été demandée et obtenue avant que soit exigée l’analyse d’urines, une façon de procéder qui visait peut-être à écarter les possibilités d’abus. Cette manière de procéder serait également justifiée par le fait, qui a été prouvé, que les éléments traces de drogues que l’analyse a pour but de détecter ne sont éliminés que quelques heures, voire quelques jours, après l’absorption des substances. Donc, lorsqu’il s’agit d’obtenir un échantillon, la situation serait moins pressante que lorsque l’on cherche à déceler la présence d’objets

the grounds upon which a required specimen is contemplated and an opportunity to permit response from the inmate affected before a decision is finally made that a test is to be required.

Whether these requirements would be appropriate must ultimately be left to the Commissioner and possibly the courts on a future occasion. They would not seem too far reaching in dealing with regulations to detect the presence of drugs in a urine specimen, in circumstances where there is reason to believe the inmate to be tested has ingested intoxicants, assuming my understanding of the technical aspects of testing is accurate. Other criteria or standards or applicable circumstances might be expressly included in regulations to provide for random testing or testing of known high risk groups, for the guidance of staff and inmates. Perhaps, as suggested by Strayer J. in *Weatherall*, some of the qualifications set out in directives, standing orders or policy documents of the Service might be included in regulations. As enacted, without any express criteria, other than considering it necessary, section 41.1 of the Regulations in my view does not meet the qualification that the law providing for the search be reasonable in order to meet the standards of section 8 of the Charter.

I emphasize that this conclusion deals with section 41.1 as it relates to the facts here raised in pleadings and in evidence where the required urine specimen is ordered for analysis because the inmate affected is considered to have ingested an intoxicant. The situation was referred to during the course of trial as one of reasonable cause. My conclusion does not relate directly to the other situations that would have been included in the overall plan of the Correctional Service for urinalysis testing if that plan were implemented, i.e.,

interdits sur la personne des détenus. En fait, dans le cas d'un détenu comme Jackson, que l'on avait décidé de soumettre à une analyse destinée à déceler la présence de drogues à cause de sa conduite, ou à cause de celle d'autres personnes avec lesquelles on estimait qu'il était en relations, la procédure pourrait bien exiger non seulement qu'on demande une autorisation au préalable mais également qu'on explique pourquoi on envisage d'exiger un échantillon et que l'on donne au détenu la possibilité d'être entendu avant que la décision définitive ne soit prise d'exiger une analyse d'urines.

Il appartiendra en dernière analyse au commissaire et peut-être aux tribunaux de décider, dans le cadre d'un autre litige, s'il serait opportun d'imposer ces exigences. Celles-ci ne semblent pas exorbitantes dans le cas d'un règlement qui a pour but de déceler la présence de drogues dans un échantillon d'urine lorsqu'on a des raisons de croire que le détenu en cause a absorbé des substances hallucinogènes, si je saisis bien les aspects techniques de l'analyse d'urines. D'autres critères ou normes ou circonstances définies pourraient être expressément inclus dans les dispositions réglementaires à titre d'information au profit du personnel et des détenus, afin qu'il soit possible de soumettre à une analyse des détenus choisis au hasard ou appartenant à un groupe à risque élevé. Peut-être, comme l'a proposé le juge Strayer dans l'affaire *Weatherall*, certaines des réserves dont sont assortis les directives, les ordres permanents ou les énoncés de politique du Service pourraient-elles être incluses dans le Règlement. Tel quel, sans critères explicites, sauf le fait pour un agent de juger la mesure nécessaire, l'article 41.1 du Règlement, à mon sens, ne saurait être considéré comme une loi raisonnable autorisant des fouilles et il ne satisfait donc pas aux exigences de l'article 8 de la Charte.

J'insiste sur le fait que cette conclusion vaut à l'égard de l'article 41.1 du Règlement dans la mesure où il se rapporte aux faits visés en l'espèce dans les plaidoiries et les témoignages, c'est-à-dire la situation où le détenu, dont on exige qu'il fournisse un échantillon d'urine en vue d'une analyse, est soupçonné d'avoir absorbé une substance hallucinogène. Au cours du procès, on a affirmé qu'il s'agissait d'un cas où s'appliquerait la notion de motifs raisonnables. Ma conclusion ne concerne pas directement toutes les autres situations qui

random testing, testing of those with a history of involvement with drugs, and testing of those involved in community programs that provide significant contact opportunities with outsiders. None of those aspects of the planned program are directly before the Court in this case. They have been discussed but only by implication in light of the overall plans of the Service and its apparent determination that those be undertaken entirely under the authority of a reasonably brief, general regulation without standards, criteria or circumstances spelled out in any detail, leaving the Service free to vary or withdraw the program or aspects of it at will. A decision in relation to the regulation enacted as far as it relates to situations of reasonable cause to believe an inmate has ingested an intoxicant is not intended to reflect on the capacity of the Service to accomplish all the goals of its planned program. It does deal with the manner by which that program is implemented under one or more regulations properly drafted to include those circumstances, criteria or standards applicable to those goals which will provide some objective basis for all concerned to know the basis on which required specimens are to be ordered for urinalysis.

In considering the regulation here, or any others under which the Correctional Service might seek to pursue the goals of its urinalysis program, one must consider an assessment of the public interest in being left alone by government, that is, privacy, and the government's interest in intruding on individual privacy in order to advance its legitimate goals. The expectations of privacy may vary from one circumstance to another. They are less in dealing with customs requirements on entry to a country than in a home or an office (*R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495) and even less in a prison setting where surveillance is the order of the day (*Weatherall, supra*, and see also *Lanza v. New York*, 370 U.S. 139 (Ct. App. N.Y. 1962); *Bell v. Wolfish*, 441 U.S. 520 (2nd Cir. 1979); *Hudson v.*

auraient été visées par le programme général d'analyse d'urines du Service correctionnel, si ce programme avait été mis en vigueur, c'est-à-dire l'examen des urines de détenus choisis au hasard, des urines de ceux qui ont déjà eu des démêlés avec la justice à cause des drogues et des urines de ceux qui participent à des programmes communautaires qui leur fournissent amplement la possibilité d'avoir des contacts avec des gens de l'extérieur. Aucun de ces aspects du programme prévu n'a été directement soumis à la Cour en l'espèce. Ceux-ci ont été discutés mais seulement de façon implicite à la lumière des programmes généraux du Service et de sa volonté manifeste de ne mettre ces programmes en application que sous le régime d'un règlement général, raisonnablement concis, sans normes, critères ou circonstances définis en détail, le Service ayant toute latitude pour modifier ou retirer le programme ou des aspects de celui-ci à volonté. Une décision concernant le règlement qui a été pris, dans la mesure où il a pour objet des situations dans lesquelles on est fondé à croire, pour un motif raisonnable, qu'un détenu a absorbé une substance hallucinogène, n'a pas trait à l'aptitude du Service à atteindre tous les objectifs du programme qu'il a conçu. À vrai dire, elle porte plutôt sur la manière dont ce programme est mis en vigueur conformément à un ou plusieurs textes réglementaires libellés de façon à préciser les circonstances, critères ou normes applicables à ces objectifs, permettant à tous les intéressés de connaître objectivement les motifs pour lesquels on pourra exiger que des échantillons d'urine soient fournis en vue d'une analyse.

Pour nous prononcer sur le règlement en litige, ou sur tout autre texte que le Service correctionnel pourrait invoquer pour accomplir les objectifs de son programme d'analyse d'urines, il faut mettre dans la balance le droit d'un particulier de ne pas être importuné, à savoir le droit à la vie privée, et le droit du gouvernement de s'immiscer dans sa vie privée pour réaliser des objectifs légitimes. L'attente en matière de vie privée peut varier selon les circonstances. L'attente est moins grande en ce qui concerne les exigences douanières pour entrer dans un pays qu'en ce qui a trait aux conditions pour entrer dans une maison ou dans un bureau (*R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495) et elle est encore moins grande en milieu carcéral où une surveillance de tous les instants est exercée (*Weatherall,*

Palmer, 468 U.S. 517 (4th Cir. 1984)). In the circumstances of prison life the public interest of concern to government is the promotion of safety and security within penal institutions for the benefit of staff and inmates.

American jurisprudence, here cited, illustrates how mandatory urinalysis testing in another country has generally been viewed. The state's interest in promoting safety and security in penal institutions has generally been recognized as paramount over the limited expectation of privacy of individuals in the prison setting even with constitutional guarantees against certain forms of search and seizure, under the Fourth Amendment to the United States Constitution, a provision somewhat comparable to section 8 of the Charter in Canada, though different in its historic background and perceived purposes.

The appropriate balance between the public interest in safety and security in penal institutions and the public interest in recognizing expectations of privacy for inmates of institutions may differ in relation to various purposes of urinalysis programs. Thus constitutional requirements may differ where the purpose is to obtain evidence in the case of an inmate believed to have ingested intoxicants from those applicable where the purpose is random testing, the screening of high risk groups or those with significant community contacts.

For the defendants it was urged that in a given case, such as this, there may well be judicial deference for administrative decisions about the appropriate balance, a factor recognized by Stone J.A. in *Weatherall*, *supra*, ([1989] 1 F.C. 18, at page 42). Yet that deference cannot preclude judicial assessment, when the issue is raised, of whether the regulations under which the administrator acts are consistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

précitée; voir aussi *Lanza v. New York*, 370 U.S. 139 (Ct. App. N.Y. 1962); *Bell v. Wolfish*, 441 U.S. 520 (2nd Cir. 1979); *Hudson v. Palmer*, 468 U.S. 517 (4th Cir. 1984)). Dans le contexte carcéral, l'intérêt public commande que l'État veille à la sécurité dans les établissements pénitentiaires au profit tant du personnel que des détenus.

La jurisprudence américaine citée en l'espèce illustre le point de vue généralement adopté par les tribunaux au sujet des programmes obligatoires d'analyse d'urines dans un autre État. En règle générale, ils ont reconnu la primauté du droit de l'État d'assurer la sécurité dans les prisons sur l'attente limitée en matière de vie privée des personnes incarcérées, même en tenant compte des garanties constitutionnelles contre certains types de fouilles, de perquisitions et de saisies contenues dans le Quatrième Amendement à la Constitution des États-Unis, une disposition comparable dans une certaine mesure à l'article 8 de la Charte canadienne, bien que le contexte historique de son adoption et les buts qu'elle semble viser soient différents.

L'équilibre qu'il convient d'établir entre ces deux aspects de l'intérêt public, savoir, d'une part, le maintien de la sécurité dans les établissements pénitentiaires et, d'autre part, la reconnaissance du fait que les détenus ont des attentes en matière de vie privée, peut différer selon les objectifs que visent à atteindre les programmes d'analyse d'urines. Les normes constitutionnelles peuvent donc différer selon que l'on cherche à obtenir des éléments de preuve dans le cas d'un détenu dont on croit qu'il a absorbé des substances hallucinogènes, ou selon que l'on soumet à des analyses des détenus choisis au hasard, des détenus appartenant à des groupes à risque élevé ou des détenus qui ont beaucoup de contacts avec la collectivité.

On a fait valoir au nom des défendeurs que dans une affaire donnée, comme en l'espèce, les tribunaux peuvent laisser une certaine latitude aux administrateurs des prisons dans la recherche de l'équilibre approprié, ce qu'a reconnu le juge Stone de la Cour d'appel dans l'arrêt *Weatherall*, précité, [1989] 1 C.F. 18, à la page 42. Cette latitude ne peut pourtant pas empêcher les tribunaux de statuer sur la question de savoir, quand ils en ont été saisis, si le règlement qui confère à l'administrateur ses attributions est compatible avec la *Charte canadienne des droits et libertés*.

To reiterate, my conclusion in relation to issues raised concerning section 8 of the Charter is that section 41.1 of the *Penitentiary Service Regulations*, in so far as it provides for the requirement of a urine specimen for analysis from an inmate who is believed to have ingested an intoxicant, provides for an unreasonable search. It is thus contrary to section 8 of the Charter in this respect. This is because the regulation itself contains no standards, criteria, or circumstances relating to its application, for the guidance of staff or inmates, which would ensure that application is not unreasonable within the meaning of section 8.

Section 7

The plaintiff submits that a requirement that a urine specimen be provided is unlawful because section 41.1 of the Regulations violates section 7 of the Charter and is not saved by section 1. That conclusion was reached by Galipeau J. in *Dion, supra*.

Section 7 of the Charter 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.

Dion, supra, as noted earlier, deals with the same section of the Regulations as is questioned again in this case. In two other Canadian cases, the admission of evidence in criminal prosecutions from urine sample tests was in issue and in both the evidence was held admissible because the taking of the urine sample was held not to be unreasonable. In both cases it was taken from hospital vessels after collection from the accused. It was taken with consent of the accused in *R. v. Katsigiorgis* (1987), 62 O.R. (2d) 441 (C.A.), and without consent but after urine had been voided as a result of medical procedures in *R. v. L.A.R.* (1985), 17 D.L.R. (4th) 268 (Man. C.A.). Neither of those cases directly assists resolution of the issues here.

In *Dion*, Galipeau J. dealt with argument related to sections 7 and 1 of the Charter. As I read his

Je le répète, quant aux questions soulevées au sujet de l'article 8 de la Charte, je conclus que l'article 41.1 du *Règlement sur le service des pénitenciers*, dans la mesure où il permet que soit exigé d'un détenu dont on croit qu'il a absorbé une substance hallucinogène, qu'il fournisse un échantillon d'urine en vue d'une analyse, autorise une fouille abusive. Il viole donc l'article 8 de la Charte à cet égard. Et cela pour la raison que le règlement lui-même ne contient pas de norme, de critère ni de définition des circonstances régissant son application, propres à guider le personnel ou les détenus, qui garantiraient que son application n'est pas abusive au sens de l'article 8.

L'article 7

Le demandeur soutient qu'il est illégal d'exiger qu'un échantillon d'urine soit fourni, parce que l'article 41.1 du Règlement viole l'article 7 de la Charte et n'est pas visé par l'exception prévue à l'article premier. C'est la conclusion à laquelle est arrivé le juge Galipeau dans l'affaire *Dion* précitée.

L'article 7 de la Charte est ainsi libellé:

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.

L'affaire *Dion*, précitée, nous l'avons vu, porte sur le même article du Règlement qui est contesté en l'espèce. Dans deux autres précédents canadiens, le litige avait trait à l'utilisation dans des poursuites pénales d'éléments de preuve obtenus par suite d'analyses d'urines et dans ces deux affaires, ces éléments ont été jugés recevables parce que le mode de prélèvement des échantillons n'avait pas été tenu pour abusif. Dans les deux cas, ils avaient été recueillis dans des récipients en usage à l'hôpital après que l'accusé les eut fournis. L'échantillon avait été obtenu avec le consentement de l'accusé dans l'affaire *R. v. Katsigiorgis* (1987), 62 O.R. (2d) 441 (C.A.), et sans son consentement mais après que les urines eurent été évacuées à l'occasion d'une intervention chirurgicale, dans *R. v. L.A.R.* (1985), 17 D.L.R. (4th) 268 (C.A. Man.). Nous ne pouvons nous appuyer sur aucune de ces décisions pour trancher les questions litigieuses en l'espèce.

Dans l'affaire *Dion*, le juge Galipeau a analysé des arguments relatifs aux articles 7 et 1 de la

decision (as translated, 30 C.C.C. (3d) 108) the following are key elements in his conclusions.

1. The mandatory urine testing program provided by section 41.1 restricted the constitutional rights of inmates to liberty and to security of the person. (See: 30 C.C.C. (3d), at pages 115, 116, 118)

2. Considering the purposes of the regulations there would appear to be opportunity for legislative intervention consistent with principles of fundamental justice (30 C.C.C. (3d), at pages 118-119).

3. In the case of section 41.1 the restrictions upon liberty and security were not in accord with principles of fundamental justice for the regulation gave penitentiary officers arbitrary powers, without appropriate limitations or criteria, to require the provision of a sample for testing. Any inmate, whether or not he had ever taken intoxicants and whether or not he presented any danger of committing discipline breaches or acts linked to the absorption of intoxicants, could be required to provide a specimen for testing without any criteria for when or whether the requirement could be properly imposed; inmates would have no protection from potential abuse by arbitrary exercise of authority under the regulation (30 C.C.C. (3d), at pages 119-120).

4. The deprivation under the regulation was not a reasonable limit that could be justified in a free and democratic society within section 1 of the Charter (30 C.C.C. (3d), at page 125).

With respect I do not share one of the primary assumptions of Galipeau J., (at 30 C.C.C. (3d), pages 115-116) that is that a citizen, even a prisoner, has the right to moderately intoxicate himself and to deny this, subject to an obligation to provide a urine sample to detect the presence of an intoxicant in the body of an inmate at risk of punishment for failing to do so, limits fundamental rights to liberty and security of the person. While that may apply outside prison institutions, the

Charte. Après avoir lu son jugement ([1986] R.J.Q. 2196), j'ai extrait de ses conclusions les éléments essentiels suivants:

1. Le programme obligatoire d'analyse d'urines prévu à l'article 41.1 du Règlement porte atteinte au droit des détenus à la liberté et à la sécurité de leur personne qui est garanti par la Constitution. (R.J.Q., aux pages 2201 et 2202)

2. Étant donné le but du règlement, il semble que l'intervention du législateur soit conforme aux principes de justice fondamentale (R.J.Q. aux pages 2202 et 2203).

3. Quant à l'article 41.1 du Règlement, les restrictions au droit à la liberté et à la sécurité n'étaient pas conformes aux principes de justice fondamentale parce que le texte réglementaire attribuait aux agents du pénitencier des pouvoirs arbitraires, non assortis de limitations ou de critères appropriés, leur permettant d'exiger que soit fourni un échantillon en vue d'une analyse. Tout détenu, qu'il ait ou non jamais consommé de substances hallucinogènes et qu'il ne présente ou non aucun danger de commettre des actes d'indiscipline ou des actes découlant de l'absorption de substances hallucinogènes, pourrait être obligé à fournir un échantillon en vue d'une analyse sans que soit énoncé aucun critère selon lequel on pourrait décider à quel moment et pour quelle raison pareille mesure serait nécessaire; les détenus ne jouiraient d'aucune protection contre les abus pouvant découler de l'exercice arbitraire du pouvoir conféré par le règlement (R.J.Q., aux pages 2203 et 2204).

4. L'atteinte autorisée par le règlement ne constituait pas une limite raisonnable qui peut être justifiable dans une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la Charte. (R.J.Q., à la page 2207)

Je ne saurais souscrire aux prémisses du juge Galipeau (R.J.Q., à la page 2202) selon lesquelles tout citoyen, même le prisonnier, a le droit de s'intoxiquer modérément, et selon lesquelles porter atteinte à ce droit, en l'obligeant à fournir un échantillon d'urine destiné à déceler la présence d'une substance hallucinogène dans son organisme sous peine de sanctions disciplinaires, limite son droit fondamental à la liberté et à la sécurité de sa personne. Cela est peut-être vrai pour le citoyen

regime within those institutions is very different. Inside, surveillance and denial of ordinary liberties is the order of the day, privacy is limited and not much is expected, and inmates may possess and may consume only what is authorized or provided and anything else in their possession is considered contraband, subject to forfeiture when found.

The plaintiff here urges that the decision in *Dion* be respected and followed and further, aside from that decision, section 41.1 when measured by the tests now developed for considering claims in relation to section 7 of the Charter is in breach of that provision.

The defendants urge that the decision of Galipeau J. in *Dion* not be followed, that it should now be read in light of the decision of the Court of Appeal in *Weatherall*, *supra*, and of the Supreme Court of Canada in *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387. Further, it is urged the regulation here does not deprive an inmate of rights to liberty or security of the person in a manner contrary to the principles of fundamental justice, but even if it should be found to do so any limitation on rights of the inmate is consistent with the application of section 1 of the Charter, as a reasonable limit “demonstrably justified in a free and democratic society”.

To resolve these differences I propose to consider the implications of later cases for *Dion* and to assess section 41.1 of the regulations in light of the process now well established by decisions of the Supreme Court for considering claims relating to section 7 of the Charter. See generally, *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30.

I first deal with the defendants' suggestion that decisions in *Weatherall* and *Beare*, *supra*, affect the decision in *Dion*. In *Weatherall* at trial Strayer

libre, mais il en va tout autrement du régime pénitentiaire. À l'intérieur des murs de la prison, la surveillance et la privation des libertés ordinaires sont pratiquées de façon constante, la vie privée est limitée et l'on a peu d'attentes; les détenus ne peuvent avoir en leur possession et consommer que ce qui est autorisé ou fourni et tout autre objet en leur possession est considéré comme interdit et susceptible de confiscation.

Le demandeur fait valoir en l'espèce qu'il y a lieu de suivre la décision *Dion* et que, cette décision mise à part, l'article 41.1 du Règlement viole l'article 7 de la Charte si on l'apprécie selon les critères maintenant reconnus relativement aux droits garantis par cette disposition.

Les défendeurs font valoir qu'il n'y a pas lieu de suivre la décision du juge Galipeau dans l'affaire *Dion* et qu'il y a lieu d'interpréter cette décision à la lumière des arrêts de la Cour d'appel dans l'affaire *Weatherall*, précitée et de la Cour suprême du Canada dans *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387. En outre, ils font valoir que la disposition réglementaire en litige ne porte pas atteinte au droit du détenu à la liberté ou à la sécurité de sa personne d'une manière qui transgresse les principes de justice fondamentale, et que même si le tribunal en arrivait à la conclusion contraire, la restriction des droits du détenu est compatible avec l'application de l'article premier de la Charte, parce qu'elle constitue une limite raisonnable «dont la justification [peut] se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique».

Pour résoudre ce différend, je vais examiner les répercussions de la jurisprudence postérieure sur le jugement *Dion* et apprécier l'article 41.1 du Règlement à la lumière des critères maintenant bien établis par les arrêts de la Cour suprême relativement à l'étude des questions touchant l'article 7 de la Charte. Voir, de façon générale, *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30.

Je vais d'abord étudier l'argument des défendeurs qui veut que les arrêts *Weatherall* et *Beare* précités aient une incidence sur le jugement *Dion*.

J. held that section 7 of the Charter had no application to the issues before him which he held related clearly to section 8. The defendants submit a similar distinction might be drawn here. That submission I decline to accept because the circumstances here differ. Here there was no actual search of Jackson because he declined to provide a urine specimen. Instead, he was subject to disciplinary proceedings, with the possibility of serious penalties as though the search had proceeded and his urine specimen had tested positive for the presence of an intoxicant. It is true those proceedings were for failure to obey the order to provide a specimen, but those proceedings were a direct consequence of the requirement of a search. Disciplinary proceedings affect the liberty of the plaintiff, a right to which he is assured, with some qualifications, under section 7. Because of the direct link between disciplinary proceedings for failure to obey an order to provide a specimen, i.e. to permit a search, it seems to me appropriate in this case to consider section 41.1 in relation to section 7, as well as section 8, of the Charter.

On behalf of the defendants counsel also submitted that the decision of the Court of Appeal in *Weatherall* had additional implications for the decision in *Dion*. The Court of Appeal, it is said, upheld the validity of paragraph 41(2)(c) there in question except in so far as it provided for "cross gender" strip searches of male inmates. It is true that the Court of Appeal limited the declaration of Strayer J. to the facts there pleaded and proved at trial. The basis of the decision at trial in *Weatherall* was Strayer J.'s finding that the regulation violated section 8 of the Charter because it included no standards or criteria to which it was to be applied. This reasoning surely underlies the decision of the Court of Appeal limiting the decision to the facts and pleadings in the case but which did not differ from the basic reasoning of Strayer J. I do not agree that the decision of the Court of Appeal in *Weatherall* significantly modifies the effect of the decision in *Dion*.

En première instance dans l'affaire *Weatherall*, le juge Strayer a décidé que l'article 7 de la Charte ne s'appliquait pas aux questions dont il était saisi et au sujet desquelles il a conclu qu'elles mettaient clairement en jeu l'article 8. Les défendeurs soutiennent qu'il y a lieu d'établir une distinction semblable en l'espèce. Je n'admets pas cet argument parce que les circonstances sont différentes. En l'espèce, Jackson n'a pas été fouillé parce qu'il a refusé de fournir un échantillon d'urine. Il a plutôt fait l'objet d'audiences disciplinaires et il était passible de sanctions sévères, tout comme s'il y avait eu une fouille et si les résultats de l'analyse d'urines avaient révélé la présence d'une substance hallucinogène. Il est vrai que ces audiences portaient sur l'omission d'obéir à l'ordre reçu de fournir un échantillon, mais elles découlaient directement de l'obligation de se soumettre à une fouille. Les audiences disciplinaires affectent la liberté du demandeur, droit qui lui est garanti, avec certaines réserves, par l'article 7. Étant donné le lien direct entre les audiences disciplinaires et l'omission d'obéir à l'ordre de fournir un échantillon, c'est-à-dire de permettre qu'une fouille soit effectuée, il me semble à propos dans cette affaire d'examiner l'article 41.1 du Règlement par rapport aux dispositions de l'article 7 ainsi que de l'article 8 de la Charte.

L'avocat des défendeurs a également soutenu que la décision de la Cour d'appel dans *Weatherall* avait d'autres conséquences pour la décision *Dion*. Selon lui, la Cour d'appel a confirmé la validité de l'alinéa 41(2)(c) du Règlement litigieux excepté dans la mesure où il permettait la fouille à nu des détenus de sexe masculin par des gardiennes. Il est vrai que la Cour d'appel a limité la portée du jugement déclaratoire du juge Strayer aux faits exposés dans les plaidoiries et prouvés au procès. En première instance dans *Weatherall*, le juge Strayer est arrivé à sa décision après avoir conclu que le règlement violait l'article 8 de la Charte parce qu'il n'établissait aucune norme ou critère pour son application. Le même raisonnement sert certainement de base à la décision de la Cour d'appel limitant le jugement aux faits et plaidoiries de la cause mais il ne diffère pas pour l'essentiel du raisonnement du juge Strayer. Je n'accepte pas l'argument voulant que l'arrêt de la Cour d'appel dans *Weatherall* modifie de façon importante l'effet du jugement *Dion*.

In *R. v. Beare, supra*, the Supreme Court unanimously upheld subsections 453.3(3) and 455.5(5) of the *Criminal Code* and the *Identification of Criminals Act*, R.S.C. 1970, c. I-1, which provided for the mandatory taking of fingerprints of a person arrested and charged, but not yet convicted, of certain criminal offences. Mr. Justice La Forest for the Court, acknowledged that the provisions detracted in a comparatively minor way from the security of persons affected, and he noted the importance of a variety of purposes served by the legislation. He found that any deprivation of security was in accord with principles of fundamental justice ([1988] 2 S.C.R. 387, at page 413). *R. v. Beare*, of course, deals with a situation different in an important respect from that facing Jackson. There the persons required to be fingerprinted were not only believed to have committed a crime, but were actually charged with offences though not yet convicted, while here Jackson was not charged with any offence at the time the requirement of a urine specimen was ordered.

I have earlier pointed to my different view of the background of the prison setting from that assumed by Galipeau J. in his decision. For different reasons, however, I do share his view that the regulation here, coupled with the practice established by standing orders for disciplinary action for failure to provide a specimen when ordered to do so, does constitute a deprivation of fundamental rights of inmates to liberty and security of the person. Further, I agree with Galipeau J. that the deprivation here is not in accord with principles of fundamental justice.

In *R. v. Morgentaler, supra*, Dickson C.J., discussing claims in relation to section 7 said (at page 56):

The case law leads me to the conclusion that state interference with bodily integrity and serious state-imposed psychological stress, at least in the criminal law context, constitute a breach of security of the person. It is not necessary in this case to determine whether the right extends further, to protect either interests central to personal autonomy, such as a right to privacy, or interests unrelated to criminal justice.

Dans l'arrêt *R. c. Beare*, précité, la Cour suprême a confirmé à l'unanimité la validité des paragraphes 453.3(3) et 455.5(5) du *Code criminel*, ainsi que de la *Loi sur l'identification des criminels*, S.R.C. 1970, chap. I-1, aux termes desquels pouvait être soumise à la prise d'empreintes digitales une personne qui avait été arrêtée et inculpée de certains actes criminels, mais n'avait pas encore été déclarée coupable. Au nom de la Cour, le juge La Forest a reconnu que les dispositions ne portaient atteinte que d'une manière relativement négligeable à la sécurité des personnes visées et il a fait remarquer que la législation servait à diverses fins importantes. Il a conclu que l'atteinte au droit à la sécurité de la personne ne violait pas les principes de justice fondamentale ([1988] 2 R.C.S. 387, à la page 413). L'arrêt *R. c. Beare* traite bien sûr d'une situation différente de celle de Jackson, sous un aspect important. Dans cette affaire-là, non seulement il y avait lieu de croire que les personnes soumises à la prise d'empreintes digitales avaient commis un crime mais elles avaient été inculpées d'infractions, bien qu'elles n'eussent pas encore été déclarées coupables, tandis que Jackson en l'occurrence n'était inculpé d'aucune infraction au moment où on lui a donné l'ordre de fournir un échantillon d'urine.

J'ai déjà souligné le fait que mon opinion au sujet du contexte carcéral diffère des prémisses de la décision du juge Galipeau. Toutefois, je suis d'avis comme lui, pour des raisons différentes, que le règlement litigieux, dont l'application est combinée à la prise de sanctions disciplinaires conformément aux ordres permanents en cas d'omission de fournir un échantillon en dépit d'un ordre reçu, constitue une atteinte aux droits fondamentaux des détenus à la liberté et à la sécurité de leur personne. En outre, je partage le point de vue du juge Galipeau selon lequel cette atteinte n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale.

Dans l'arrêt *R. c. Morgentaler*, précité, le juge en chef Dickson, qui analysait des questions relatives à l'article 7, a dit ce qui suit, à la page 56:

La jurisprudence m'amène à conclure que l'atteinte que l'État porte à l'intégrité corporelle et la tension psychologique grave causée par l'État, du moins dans le contexte du droit criminel, constituent une atteinte à la sécurité de la personne. Il n'est pas nécessaire en l'espèce de se demander si le droit va plus loin et protège les intérêts primordiaux de l'autonomie personnelle, tel le droit à la vie privée ou des intérêts sans lien avec la justice criminelle.

To require an inmate to provide a specimen of urine for purposes of testing for trace elements of intoxicants, as section 41.1 provides, is in my view, an interference with bodily integrity. Urinalysis may reveal health or other conditions beyond the indications sought for traces of unauthorized intoxicants. In many cases requiring a specimen for testing aside from health reasons might lead to a measure of psychological stress, particularly where, as here, the procedure for collecting the sample involves direct observation by another. The requirement deprives the inmate concerned of security of his or her person. To require this or risk punishment for failure to comply with an order, as practice under standing orders for disciplinary proceedings here provides, is also an interference with the liberty of the person.

While there is but a limited privacy and protection of bodily integrity and expectation of those in the prison setting, what remains, including freedom from state examination of bodily wastes without consent, ought not to be taken away except in accord with principles of fundamental justice. Here the absence of criteria for requiring a specimen, while that may not lead to abuse by reasonable staff members, provides no standards for determining when abuse arises, it is not tied to reasonable and probable cause even where that is the basis on which the requirement is ordered, or to any other standard or circumstance that would reasonably support the requirement in light of its explained purposes. No provision is made for advising the inmate why the specimen is required, or for the inmate, in circumstances such as those relied upon here where a staff member believes or suspects the inmate has consumed an intoxicant, to explain his conduct or action before a decision is finally made to require the specimen.

Exiger d'un détenu qu'il fournisse un échantillon d'urine destiné à détecter les éléments traces de substances hallucinogènes, comme le permet l'article 41.1 du Règlement, constitue, à mon sens, une atteinte à l'intégrité corporelle. L'analyse d'urines peut fournir d'autres renseignements, notamment sur l'état de santé, en plus de permettre de vérifier la présence d'éléments traces de substances hallucinogènes non autorisées. Dans bien des cas, l'obligation de fournir un échantillon en vue d'une analyse, pour des raisons autres que médicales, pourrait causer dans une certaine mesure une tension psychologique, surtout dans les cas où, comme en l'occurrence, l'échantillon doit être fourni sous surveillance directe. Cette obligation faite au détenu porte atteinte à la sécurité de sa personne. Et comme elle est assortie de sanctions pour omission d'obéir à un ordre, suivant la pratique établie sous le régime des ordres permanents relatifs aux audiences disciplinaires, elle porte aussi atteinte à sa liberté.

Certes, le droit à la vie privée et à la protection de l'intégrité corporelle est limité en milieu carcéral et l'attente à cet égard est elle aussi limitée, mais le peu qui existe, y compris le droit du détenu d'interdire à l'État d'examiner ses excréments sans son consentement, ne devrait pas être écarté, sauf en conformité avec les principes de justice fondamentale. En l'espèce, du fait qu'il n'y a pas de critères suivant lesquels un échantillon peut être exigé, quoique cela n'entraîne peut-être pas d'abus de la part des membres raisonnables du personnel, aucune norme n'est établie qui permette de déterminer en quoi consisterait un abus; il n'est pas question de motifs raisonnables et probables, même dans le cas où l'ordre donné serait fondé sur de tels motifs, ni d'aucune autre norme ou circonstance qui justifierait raisonnablement l'ordre ainsi donné à la lumière des objectifs poursuivis, tels qu'expliqués. La disposition ne précise pas qu'il faut informer le détenu des raisons pour lesquelles l'échantillon est exigé, et elle ne donne pas la possibilité au détenu, dans des circonstances où, comme en l'occurrence, un membre du personnel croit ou soupçonne que le détenu a consommé une substance hallucinogène, d'expliquer sa conduite ou son action avant que la décision d'exiger l'échantillon ne soit prise définitivement.

Without reference to any objective criteria, section 41.1 does not permit officers or inmates to know the circumstances in which a urine sample may be required. I conclude that section 41.1 of the Regulations, in so far as it authorizes a requirement for an inmate to provide a urine specimen where it is believed the inmate has ingested an intoxicant, contravenes section 7 of the Charter. This is because the restrictions on rights to liberty and security of the person are not, in the absence of standards or criteria or applicable circumstance, in accordance with the principles of fundamental justice.

Section 1

The next issue relating to the Charter concerns the application of section 1. At trial the defendants submitted that if the Court were to find that the plaintiff's rights under section 8 or section 7 had been restricted contrary to the Charter, then any restriction was valid in the circumstances revealed in this case as a reasonable limit prescribed by law demonstrably justified in a free and democratic society, as section 1 provides. As is now well established the onus of establishing that is on the defendants.

While conceding that the relationship between section 8 and section 1 of the Charter has not been authoritatively determined, the defendants submit that application of section 1 may, in appropriate cases, support restrictions on rights under sections 8 and 7 that would otherwise be unconstitutional. In *Hunter et al. v. Southam Inc.*, *supra*, Mr. Justice Dickson, as he was then, speaking for the Supreme Court ([1984] 2 S.C.R. 145, at page 169) left open the question of the relationship between sections 8 and 1 since it had not there been argued. In *R. v. Simmons*, *supra*, Dickson C.J., for the majority, found a violation of section 8 arising, not from the terms of the customs law there in issue, but from the manner in which a search had been carried out by action of the customs officers concerned. That sort of infringement of section 8 could not be saved by application of section 1 which relates only to those situations

Faute d'énoncer des critères objectifs, l'article 41.1 ne permet pas aux agents ni aux détenus de connaître les circonstances dans lesquelles un échantillon d'urines peut être exigé. Je conclus que l'article 41.1 du Règlement, dans la mesure où il autorise un agent à exiger d'un détenu qu'il fournisse un échantillon d'urine s'il croit que celui-ci a absorbé une substance hallucinogène, contrevient à l'article 7 de la Charte. Et cela parce que les restrictions du droit à la liberté et à la sécurité, à défaut de normes, de critères ou de définition des circonstances où elles sont applicables, ne sont pas conformes aux principes de justice fondamentale.

L'article premier

La prochaine question relative à la Charte concerne l'application de l'article premier. Au procès, les défendeurs ont soutenu que si la Cour concluait que les droits du demandeur aux termes des articles 8 ou 7 ont été restreints d'une manière non conforme à la Charte, cette restriction était tout de même valide dans les circonstances de cette affaire, parce qu'il s'agissait d'une limite raisonnable dont la justification pouvait se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier. Selon le principe maintenant bien établi, il incombe aux défendeurs de faire la preuve à cet égard.

Bien qu'ils concèdent que le rapport entre l'article 8 et l'article premier de la Charte n'a pas encore fait l'objet d'une décision qui fasse autorité, les défendeurs soutiennent que l'article premier peut avoir pour effet, lorsque la chose est opportune, de justifier des restrictions des droits prévus aux articles 8 et 7, qui seraient autrement inconstitutionnelles. Dans l'arrêt *Hunter et autres c. Southam Inc.* précité, le juge Dickson, alors juge puîné, qui s'exprimait au nom de la Cour suprême ([1984] 2 R.C.S. 145, à la page 169), s'est abstenu de trancher la question du rapport entre les articles 8 et premier parce que ce rapport n'avait pas fait l'objet des débats. Au nom de la majorité dans l'arrêt *R. c. Simmons* précité, le juge en chef Dickson a conclu qu'il y avait eu violation de l'article 8, non pas en raison du texte de la loi sur les douanes qui était contesté, mais à cause de la manière dont la fouille avait été effectuée par les agents des douanes. Ce type de transgression de l'article 8 ne pouvait pas être justifié en vertu de

where the limitation on rights declared is one "prescribed by law".

In *R. v. Noble* (1984), 48 O.R. (2d) 643 (C.A.), Martin J.A., for the Court concluded that provisions of the *Narcotic Control Act* [R.S.C. 1970, c. N-1] and of the *Food and Drugs Act* [R.S.C. 1970, c. F-27] authorizing the search of a dwelling under a writ of assistance violated section 8 of the Charter. Turning then to the question of section 1 of the Charter, which was not argued as a basis for justifying a search in that case, he said, by way of *obiter* (at pages 667-668):

... since I have already held that the provisions of s. 10(1)(a) of the *Narcotic Control Act* and s. 37(1)(a) of the *Food and Drugs Act* are *unreasonable* and contravene s. 8 in so far as they authorize the search of a dwelling under a writ of assistance, I would have great difficulty in concluding that the legislation is justifiable under s. 1 as a *reasonable* limit prescribed by law that can be demonstrably justified in a free and democratic society.

A similar difficulty in principle of reconciling those laws held to be unconstitutional under section 7 because they violate principles of fundamental justice with a conclusion that the laws might be justifiable as reasonable under section 1, has been identified by Madame Justice Wilson, speaking for herself in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at page 523. She said:

Section 7 does not, however, affirm a right to the principles of fundamental justice *per se*. There must first be found an impairment of the right to life, liberty or security of the person. It must then be determined whether that impairment has been effected in accordance with the principles of fundamental justice. If it has, it passes the threshold test in s. 7 itself but the Court must go on to consider whether it can be sustained under s. 1 as a limit prescribed by law on the s. 7 right which is both reasonable and justified in a free and democratic society. If, however, the limit on the s. 7 right has been effected through a violation of the principles of fundamental justice, the enquiry, in my view, ends there and the limit cannot be sustained under s. 1. I say this because I do not believe that a limit on the s. 7 right which has been imposed in violation of the principles of fundamental justice can be either "reasonable" or "demonstrably justified in a free and democratic society".

l'article premier parce que celui-ci ne vise que les cas où des droits énoncés sont restreints par «une règle de droit».

Dans l'arrêt *R. v. Noble* (1984), 48 O.R. (2d) 643 (C.A.), le juge Martin, J.C.A., au nom de la Cour, a conclu que les dispositions de la *Loi sur les stupéfiants* [S.R.C. 1970, chap. N-1] et de la *Loi des aliments et drogues* [S.R.C. 1970, chap. F-27] autorisant la fouille d'une habitation conformément à un mandat de main-forte violaient l'article 8 de la Charte. Traitant ensuite de la question de l'article premier de la Charte, qui n'avait pas été invoqué pour justifier une fouille dans cette affaire-là, il a émis l'opinion incidente qui suit (aux pages 667 et 668):

[TRADUCTION] ... puisque j'ai déjà décidé que les dispositions de l'al. 10(1)a) de la *Loi sur les stupéfiants* et de l'al. 37(1)a) de la *Loi des aliments et drogues* sont *abusives* et transgressent l'art. 8 dans la mesure où elles autorisent la fouille d'une habitation conformément à un mandat de main-forte, j'aurais beaucoup de difficulté à conclure que la législation est justifiable aux termes de l'article premier parce qu'elle établit une limite *raisonnable* dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la page 523, le juge Wilson, qui exprimait son point de vue personnel, a fait état de la même difficulté qui se pose en principe lorsqu'on cherche à concilier, d'une part, les textes de loi déclarés inconstitutionnels sous le régime de l'article 7, parce qu'ils violent les principes de justice fondamentale, et d'autre part, une conclusion portant qu'ils pourraient être justifiables s'ils étaient tenus pour raisonnables aux termes de l'article premier:

Cependant, l'art. 7 n'énonce pas un droit à la protection accordée par les principes de justice fondamentale comme tels. On doit d'abord conclure qu'il y a eu atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne et ensuite déterminer si cette atteinte est conforme aux principes de justice fondamentale. Si elle l'est, elle satisfait alors au critère premier de l'art. 7 lui-même, mais la Cour doit passer à l'examen de la question de savoir si elle peut être maintenue en vertu de l'article premier, comme restreignant par une règle de droit le droit garanti à l'art. 7, dans des limites qui soient à la fois raisonnables et justifiées dans le cadre d'une société libre et démocratique. Toutefois, si la limite au droit garanti par l'art. 7 résulte d'une violation des principes de justice fondamentale, j'estime que l'examen se termine là et que la limite ne peut être maintenue en vertu de l'article premier. J'affirme cela parce que je ne crois pas qu'une limite au droit garanti par l'art. 7, qui a été imposée contrairement aux principes de justice fondamentale puisse être «raisonnable» ni que sa «justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique».

The difficulties of reconciling principles referred to by Martin J.A. in *R. v. Noble, supra*, and by Wilson J. in the *Re B.C. Motor Vehicle Act* case, *supra*, are presented for resolution in this case when one considers the possible application of section 1 as outlined in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, *per* Dickson, C.J. at pages 138-139, and other cases. In applying section 1, two central criteria are essential if a limitation on Charter rights is to be held reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. First, the objective to be served by the limitation must be sufficiently important that it warrants overriding a constitutionally protected right or freedom, indeed the objective must relate to societal concerns that are pressing and substantial in a free and democratic society. Second, the party invoking section 1 must show the means adopted to be reasonable and demonstrably justified, a proportionality test that requires a balancing of the interests of society with those of individuals and groups. The proportionality test has three components. The measures adopted must be carefully designed to achieve the objective in question, and rationally connected to the objective. They must impair the right or freedom as little as possible. There must be a proportionality between the effects of the measures and the objective.

In seeking to assess section 41.1 in light of section 1 of the Charter it is well to recall that it is the text of that regulation itself which constitutes the law, and the limitation on rights and freedoms provided by sections 8 and 7 of the Charter. We have earlier referred to the purposes or objectives of this regulation as identified by evidence at trial from the testimony of Harvey and documents introduced through his examination.

I find that the evidence clearly indicates that unauthorized intoxicants in the prison setting create very serious problems including a greater risk and level of violence that affects the safety and security of prison institutions for both staff

Les difficultés de concilier les principes dont font mention le juge Martin de la Cour d'appel dans l'arrêt *R. v. Noble* précité et le juge Wilson dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.* précitée doivent être résolues en l'espèce si l'on envisage d'appliquer l'article premier suivant les principes énoncés dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, par le juge en chef Dickson, aux pages 138 et 139 et dans d'autres décisions. Pour l'application de l'article premier, il est essentiel de satisfaire à deux critères fondamentaux si l'on veut établir qu'une restriction des droits garantis par la Charte est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. En premier lieu, l'objectif que vise à servir la restriction doit être suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution, et de fait il doit se rapporter à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique. En deuxième lieu, la partie qui invoque l'article premier doit alors démontrer que les moyens retenus sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer, et donc satisfaire à un critère de proportionnalité selon lequel il faut soupeser les intérêts de la société et ceux de particuliers et de groupes. Le critère de proportionnalité comporte trois éléments. Les mesures adoptées doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question et avoir un lien rationnel avec cet objectif. Elles doivent être de nature à porter le moins possible atteinte au droit ou à la liberté en question. Il doit y avoir proportionnalité entre les effets des mesures et l'objectif.

En appréciant l'article 41.1 du Règlement à la lumière de l'article premier de la Charte, il est bon de ne pas oublier que c'est le texte de ce règlement lui-même qui constitue la règle de droit, ainsi que la limite apportée aux droits et libertés garantis par les articles 8 et 7 de la Charte. Nous avons déjà fait mention des buts ou objectifs de ce règlement tels qu'établis par la preuve produite au procès, soit par le témoignage de Harvey et les documents déposés au cours de son interrogatoire.

À mon avis, il ressort de toute évidence de la preuve que les substances hallucinogènes interdites dans les établissements pénitentiaires créent de très graves problèmes, entre autres en augmentant le risque et le degré de violence qui menacent la

and inmates. I am prepared to accept on the evidence before me that this presents societal concerns that are pressing and substantial in a free and democratic society. I am prepared to accept as well that among the purposes or objectives to be served by section 41.1 as enacted was to control and ultimately reduce these concerns and to improve safety and security within the institutions. I do point out that the purposes of the regulation do not appear, and are not referred to by incorporating words, in the text of the regulation itself.

Counsel for the plaintiff, while prepared to accept that the ultimate objective of the regulation was important, i.e. controlling drugs to improve safety and security within institutions, also suggested that it might not be more pressing and substantial within institutions than it was in society as a whole. If it were necessary to assess that suggestion I would be prepared to accept, for purposes of determining the applicability of section 1 in this case, that the objective is more pressing within the prison setting because by its nature the population of inmates includes a very high proportion of persons who have demonstrated tendencies to violence, a special circumstance that may warrant different programs, not merely incarceration and surveillance, than would be introduced for the population at large outside the prison system.

For the record I also note that evidence in this case supports the conclusion that measures similar to those planned for the Correctional Service to deter and detect unauthorized consumption of drugs and intoxicants are not unusual in other free and democratic societies. The evidence of witnesses Willette and Davis provide both a general background about compulsory urinalysis testing in prison institutions in the United States, and specific information including satisfactory results about the programs in place for more than a decade in federal penal institutions in the United States. Counsel for the defendants also submitted published information surveying the status of compulsory urinalysis testing programs in state prison systems in the United States, evidence which I

sécurité et la sûreté de ces établissements tant pour le personnel que pour les détenus. Je suis disposé à reconnaître, au vu de la preuve produite, que cela donne lieu à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique. Je suis aussi prêt à admettre que, parmi les buts ou les objectifs que vise à servir l'article 41.1 du Règlement tel que conçu, figurait l'objectif de limiter et finalement de réduire ces préoccupations et d'améliorer la sûreté et la sécurité dans les établissements. Je tiens à souligner le fait que les buts du règlement ne sont pas énoncés, et ne sont pas inclus par renvoi, dans le texte du règlement lui-même.

Tout en étant prêt à reconnaître que l'objectif premier du règlement était important, savoir la prévention de l'usage des drogues en vue de l'amélioration de la sûreté et de la sécurité dans les établissements, l'avocat du demandeur a également avancé qu'il n'était peut-être pas plus urgent et réel à l'intérieur des établissements que dans la société en général. S'il était nécessaire d'examiner cette proposition, je serais disposé à admettre, dans le cadre de l'examen de l'applicabilité de l'article premier dans le cas qui nous occupe, que l'objectif est plus urgent dans le contexte carcéral parce que l'univers carcéral est peuplé d'une très forte proportion de personnes qui ont des tendances avérées à la violence, une circonstance particulière qui peut justifier la prise de mesures différentes, outre la simple incarcération et la surveillance, de celles qui seraient employées à l'égard de la population dans son ensemble.

Je signale également, pour les besoins de la Cour, que la preuve en l'espèce nous autorise à conclure que des mesures semblables à celles qui étaient prévues au sein du Service correctionnel, à titre dissuasif et afin de déceler la consommation non autorisée de drogues et de substances hallucinogènes, ne sont pas exceptionnelles dans d'autres sociétés libres et démocratiques. Les témoignages de Willette et de Davis nous renseignent sur le contexte général des programmes obligatoires d'analyse d'urines dans les établissements pénitentiaires américains et nous fournissent des renseignements précis, entre autres sur les résultats satisfaisants obtenus dans le cadre des programmes en vigueur depuis plus de dix ans dans les prisons fédérales américaines. L'avocat des défen-

accept, not necessarily as proof of its detailed references but as evidence of general practice in a range of states which, like the federal country they comprise, constitute free and democratic societies.

That general practice is also shown through reference to judicial precedents upholding compulsory urinalysis testing as not inconsistent with the Fourth Amendment, not only in the prison setting for inmates (see: *Jensen v. Lick*, *Spence v. Farrier*, *Peranzo v. Coughlin*, *supra*) but also for employees of prison systems (*McDonell v. Hunter*, *supra*), customs employees (*National Treasury Employees Union v. Von Raab*, 816 F.2d 170 (5th Cir. 1987), upheld in part (1989) Ct. No. 86-1879 (U.S.S.C.)), railway operating employees (*Skinner v. Railway Labor Executives' Assn.*, 103 L.Ed 2d 639 (1989)), staff of the F.B.I. (*Mack v. U.S., F.B.I.*, 653 F.Supp. 70 (S.D.N.Y. 1986); appeal dismissed 814 F.2d 120 (2nd Cir. 1987)) and for jockeys and others engaged in state controlled horse racing (*Shoemaker v. Handel*, 795 F.2d. 1136 (3rd Cir. 1986)).

In my view the first of the requirements of section 1 of the Charter are met by section 41.1, that is, that the objectives of the section, its purposes as adduced in evidence, relate to societal concerns that are pressing and substantial in a free and democratic society. Those objectives may warrant overriding constitutionally protected rights or freedoms by appropriate means.

When we come to consider the means here adopted we are in difficulty in light of section 1 of the Charter. The proportionality test is not here readily met. The defendants submit that the means here selected in a general sense, compulsory urinalysis testing, are appropriate, that they are less intrusive and more effective than other means that might have been adopted, such as blood tests. It is argued that other means, through searching, are demonstrably not effective, and that urinalysis is

deurs a également produit des données publiées concernant les programmes obligatoires d'analyse d'urines dans les prisons de divers États américains; j'accepte cette preuve qui atteste, non pas nécessairement les faits circonstanciés dont elle fait état, mais bien la pratique générale suivie dans un certain nombre d'États qui, comme la fédération dont ils sont membres, constituent des sociétés libres et démocratiques.

L'existence de cette pratique générale est également établie par la jurisprudence qui a été citée et qui confirme que les programmes obligatoires d'analyse d'urines ne sont pas incompatibles avec le Quatrième Amendement, non seulement dans le cas des détenus (voir: *Jensen v. Lick*, *Spence v. Farrier*, *Peranzo v. Coughlin*, précités), mais également en ce qui concerne les employés des établissements pénitentiaires (*McDonell v. Hunter*, précité), les agents des douanes (*National Treasury Employees Union v. Von Raab*, 816 F.2d 170 (5th Cir. 1987), confirmé en partie par (1989) Ct. No. 86-1879 (U.S.S.C.)), les préposés à l'exploitation des chemins de fer (*Skinner v. Railway Labor Executives' Assn.*, 103 L.Ed. 2d 639 (1989)), les employés du F.B.I. (*Mack v. U.S., F.B.I.*, 653 F.Supp. 70 (S.D.N.Y. 1986); appel rejeté 814 F.2d 120 (2nd Cir. 1987)) et les jockeys et les autres employés des hippodromes réglementés par l'État (*Shoemaker v. Handel*, 795 F.2d. 1136 (3rd Cir. 1986)).

À mon avis, l'article 41.1 du Règlement satisfait au premier des critères de l'article premier de la Charte, c'est-à-dire que les objectifs fixés par cette disposition réglementaire, ses buts tels qu'établis par la preuve, se rapportent à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique. Ces objectifs peuvent justifier la suppression de droits ou libertés garantis par la Constitution, si les moyens retenus sont appropriés.

L'examen des moyens adoptés en l'occurrence présente quelques difficultés dans le contexte de l'interprétation de l'article premier de la Charte. Ces moyens ne satisfont pas facilement au critère de proportionnalité. Les défendeurs soutiennent que les moyens choisis en l'espèce, soit l'analyse d'urines obligatoire, sont d'une manière générale appropriés, qu'ils constituent une atteinte moins grave et sont plus efficaces que les autres moyens qui auraient pu être choisis, comme les prises de

less intrusive but much more effective than strip searching. The success experienced through urinalysis testing programs in United States prisons, in achieving the goals which the Correctional Service here seeks, is a matter of record. Finally, it is submitted that the standard or criterion included in section 41.1, that is a standard of necessity, is a "reasonable" standard within the meaning of section 1 of the Charter.

For the plaintiff counsel submits that the absence of any limitation in the regulation on what is in effect an absolute discretionary power of a correctional officer is not a reasonable limitation within section 1. The regulation is said to be too vague and indefinite to permit assessment in relation to section 1, essentially I assume because it is implied that one cannot assess its proportionality to the objective of the regulation. Absent any standard or criteria or circumstance in the regulation for its application, it is open to arbitrary application and thus cannot qualify as reasonable.

Two cases, each dealing with section 1 and limitations of freedom of expression under paragraph 2(b) of the Charter were referred to by counsel for the plaintiff. In *Re Ontario Film & Video Appreciation Society and Ontario Board of Censors* (1984), 45 O.R. (2d) 80 the Ontario Court of Appeal, per MacKinnon A.C.J.O., dismissing an appeal from the Divisional Court, endorsed the record, in part in these terms (at page 82):

The subsection allows for the complete denial or prohibition of the freedom of expression in this particular area and sets no limits on the Ontario Board of Censors. It clearly sets no limit, reasonable or otherwise, on which an argument can be mounted that it falls within the saving words of s. 1 of the Charter: "subject only to such reasonable limits prescribed by law".

In *Luscher v. Deputy Minister, Revenue Canada, Customs and Excise*, [1985] 1 F.C. 85

sang. D'après eux, d'autres moyens, qui font appel à la fouille, se sont avérés inefficaces et l'analyse d'urines porte moins gravement atteinte à la vie privée que la fouille à nu et est beaucoup plus efficace. Il a été prouvé en l'espèce que dans les prisons américaines, les programmes d'analyse d'urines ont été couronnés de succès et ont permis de réaliser les objectifs que vise en l'espèce le Service correctionnel. Ils affirment enfin que la norme ou le critère incorporé dans l'article 41.1 du Règlement, soit la norme de la nécessité, est une norme «raisonnable» au sens de l'article premier de la Charte.

L'avocat du demandeur soutient qu'étant donné que le texte réglementaire ne restreint aucunement ce qui est en fait un pouvoir discrétionnaire absolu attribué à l'agent de correction, il n'est pas une restriction raisonnable au sens de l'article premier. Le texte réglementaire serait trop vague et trop peu précis pour que soit possible une analyse en vertu de l'article premier, parce qu'essentiellement, je suppose, selon ce qu'il laisse entendre, il serait impossible d'évaluer la proportionnalité entre l'objectif et le règlement. Faute de norme, de critère ou de définition des circonstances de son application, le texte réglementaire donne prise à l'arbitraire et ne peut donc pas être tenu pour raisonnable.

L'avocat des demandeurs s'est référé à deux causes qui traitent de l'article premier et des restrictions de la liberté d'expression garantie par l'alinéa 2b) de la Charte. Dans l'affaire *Re Ontario Film & Video Appreciation Society and Ontario Board of Censors* (1984), 45 O.R. (2d) 80, la Cour d'appel de l'Ontario, par la voix du juge en chef adjoint MacKinnon, qui a rejeté l'appel formé contre la décision de la Cour divisionnaire, s'est exprimée à son tour sur cette question (à la page 82):

[TRADUCTION] Ce paragraphe autorise la privation complète ou l'interdiction de la liberté d'expression dans ce champ d'activités et ne restreint en rien les pouvoirs de la Commission de censure de l'Ontario. À l'évidence, il ne fixe aucune limite, raisonnable ou autre, qui puisse étayer l'argument selon lequel il serait visé par l'exception prévue à l'article premier de la Charte: «ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables».

Dans l'arrêt *Luscher c. Sous-ministre, Revenu Canada, Douanes et Accise*, [1985] 1 C.F. 85

(C.A.), at pages 89-90, Hugessen J.A., referring to section 1 of the Charter, said:

In my opinion, one of the first characteristics of a reasonable limit prescribed by law is that it should be expressed in terms sufficiently clear to permit a determination of where and what the limit is. A limit which is vague, ambiguous, uncertain, or subject to discretionary determination is, by that fact alone, an unreasonable limit. If a citizen cannot know with tolerable certainty the extent to which the exercise of a guaranteed freedom may be restrained, he is likely to be deterred from conduct which is, in fact, lawful and not prohibited. Uncertainty and vagueness are constitutional vices when they are used to restrain constitutionally protected rights and freedoms. While there can never be absolute certainty, a limitation of a guaranteed right must be such as to allow a very high degree of predictability of the legal consequences.

While these two cases, *Re Ontario Film and Video* and *Luscher* deal with another Charter right than is involved in this case, I find the principle underlying the reasoning of MacKinnon A.C.J.O., and Hugessen J.A. to be persuasive.

In this case I have already concluded that section 41.1 provides for an unreasonable search and is in conflict with section 8 of the Charter because it does not include any standards, criteria or circumstances for its application. I conclude, essentially for the same reason, the lack of standards or criteria limiting the authority to search, that section 41.1 is not a reasonable limitation within section 1.

Having concluded that section 41.1 derogates from the rights to liberty and security of the person contrary to section 7 in a manner not in accord with the principles of fundamental justice because the regulation includes no standards or criteria for its application, I also conclude, for essentially the same reason, that it cannot be a reasonable limitation prescribed by law within section 1 of the Charter.

In sum it is my conclusion that section 1 does not avail to provide support for section 41.1.

(C.A.), aux pages 89 et 90, le juge Hugessen de la Cour d'appel fédérale dit ce qui suit au sujet de l'article premier de la Charte:

À mon avis, l'une des caractéristiques primordiales d'une limite raisonnable imposée par une règle de droit est qu'elle doit être exprimée avec suffisamment de clarté pour qu'on puisse l'identifier et la situer. Le seul fait qu'une limite soit vague, ambiguë, incertaine ou assujettie à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire suffit à en faire une limite déraisonnable. Si un citoyen ne peut déterminer avec un degré de certitude tolérable dans quelle mesure l'exercice d'une liberté garantie peut être restreint, il est probable que cela le dissuadera d'adopter certaines conduites qui, en fait, n'étant pas interdites, sont licites. L'incertitude et l'imprécision sont des vices d'ordre constitutionnel lorsqu'elles servent à restreindre des droits et libertés garantis par la Constitution. Bien qu'il ne puisse jamais y avoir de certitude absolue, une limite imposée à un droit garanti doit être telle qu'il sera très facile d'en prévoir les conséquences sur le plan juridique.

Quoique ces deux décisions, *Re Ontario Film and Video* et *Luscher*, traitent d'un autre droit garanti par la Charte que celui qui nous intéresse en l'espèce, j'estime que le principe sur lequel repose le raisonnement du juge en chef adjoint MacKinnon et du juge Hugessen de la Cour d'appel est convaincant.

J'ai déjà conclu qu'en l'espèce l'article 41.1 du Règlement permet que soit effectuée une fouille abusive et qu'il est incompatible avec l'article 8 de la Charte parce qu'il n'énonce aucune norme ou critère, et qu'il ne définit pas les circonstances dans lesquelles il sera applicable. Je conclus, essentiellement pour la même raison, c'est-à-dire l'absence de normes ou de critères limitant les pouvoirs attribués en matière de fouille, que l'article 41.1 du Règlement ne constitue pas une restriction raisonnable au sens de l'article premier.

J'ai déjà conclu que l'article 41.1 du Règlement porte atteinte au droit à la liberté et à la sécurité de la personne prévu à l'article 7 d'une manière qui n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale, parce que le texte réglementaire ne comporte aucune norme ou critère régissant son application. Je conclus en outre, essentiellement pour la même raison, qu'il ne saurait constituer une restriction raisonnable prescrite par une règle de droit au sens de l'article premier de la Charte.

En résumé, je conclus que la validité de l'article 41.1 ne peut pas reposer sur l'article premier.

Section 15

The final issue relating to the Charter concerns the application of subsection 15(1) of the Charter, said by the plaintiff to be violated by section 41.1 of the Regulations. This section provides:

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 amended statement of claim, with the change approved at the commencement of trial includes the allegation that “the plaintiff is within a class of persons namely prison inmates being the only class of persons in Canada required by law to submit urine samples or face penal consequences for failing to do so”.

No evidence was tendered at trial to support a finding of fact that prison inmates are the only class of persons in Canada required to provide specimens or face consequences as alleged in the statement of claim. Even if that factual basis were assumed I am not persuaded that section 41.1 of the Regulations violates subsection 15(1) of the Charter.

In *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, the interpretation of subsection 15(1) of the Charter and the approach to dealing with alleged violations of that provision were discussed. Mr. Justice McIntyre, with whom the majority agreed on the manner of construing subsection 15(1), referred to “discrimination” in the following terms (at pages 174-175):

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.

Then in discussing the approach to alleged violations of subsection 15(1) he said (at page 182):

L'article 15

Quant à l'application de la Charte, il ne reste à statuer que sur le paragraphe 15(1), que violerait l'article 41.1 du Règlement, selon le demandeur.

^a Cet article est ainsi conçu:

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 déclaration modifiée, conformément à l'approbation donnée au début du procès, comporte l'allégation suivante: [TRADUCTION] «le demandeur appartient à une catégorie de personnes, savoir les détenus, qui est le seul groupe au Canada dont les membres sont tenus aux termes de la loi de se soumettre à une analyse d'urines sous peine de sanctions pénales».

^d Aucune preuve n'a été produite au procès qui permette de conclure qu'en fait les détenus forment la seule catégorie de personnes au Canada qui soient obligées de fournir des échantillons sous peine de sanctions, comme le prétend la déclaration. Même si l'on supposait ce fait véridique, je ne suis pas persuadé que l'article 41.1 du Règlement viole le paragraphe 15(1) de la Charte.

^f Dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, la Cour a discuté de l'interprétation du paragraphe 15(1) de la Charte, ainsi que de l'analyse qu'il convient de faire des allégations de violation de cette disposition. Le juge McIntyre, avec qui la majorité a été d'accord quant à la manière d'interpréter ce paragraphe, a donné du terme «discrimination» la définition suivante (aux pages 174 et 175):

^h 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.

^j Puis, au sujet de la façon dont il faut analyser les violations du paragraphe 15(1) qui ont été alléguées, il a dit ce qui suit (à la page 182):

... in assessing whether a complainant's rights have been infringed under s. 15(1), it is not enough to focus only on the alleged ground of discrimination and decide whether or not it is an enumerated or analogous ground. The effect of the impugned distinction or classification on the complainant must be considered. Once it is accepted that not all distinctions and differentiations created by law are discriminatory, then a role must be assigned to s. 15(1) which goes beyond the mere recognition of a legal distinction. A complainant under s. 15(1) must show not only that he or she is not receiving equal treatment before and under the law or that the law has a differential impact on him or her in the protection or benefit accorded by law but, in addition, must show that the legislative impact of the law is discriminatory.

Where discrimination is found a breach of s. 15(1) has occurred and—where s. 15(2) is not applicable—any justification, any consideration of the reasonableness of the enactment; indeed, any consideration of factors which could justify the discrimination and support the constitutionality of the impugned enactment would take place under s. 1.

In this case section 41.1 of the Regulations does provide for treatment of prison inmates on a basis different from that of most, if not all, other individuals in Canada and thus may be said to derogate from their right to equality before the law. Yet I am not persuaded that this difference or derogation is discriminatory in the sense provided for in subsection 15(1). It does not seem to me to be related to any of the enumerated and prohibited grounds, or analogous grounds, which concern personal characteristics. The difference in treatment here for prison inmates as a group, arises not from personal characteristics but from past courses of conduct amounting to criminal activities against society.

I accept the submission of the defendants that differences of this sort are not prohibited by subsection 15(1) of the Charter. There is not, in my view, need for the defendants to establish that the difference in treatment of prison inmates is a reasonable limitation under section 1 of the Charter.

Conclusion

Throughout the trial in this matter counsel for the defendants expressed concern about the significance of any decision in this case for the important program initiated, and not yet fully developed, by the Correctional Service.

... pour vérifier s'il y a eu atteinte aux droits que le par. 15(1) reconnaît au plaignant, il ne suffit pas de se concentrer uniquement sur le motif allégué de discrimination et de décider s'il s'agit d'un motif énuméré ou analogue. L'examen doit également porter sur l'effet de la distinction ou de la classification attaquée sur le plaignant. Dès qu'on accepte que ce ne sont pas toutes les distinctions et différenciations créées par la loi qui sont discriminatoires, on doit alors attribuer au par. 15(1) un rôle qui va au-delà de la simple reconnaissance d'une distinction légale. Un plaignant en vertu du par. 15(1) doit démontrer non seulement qu'il ne bénéficie pas d'un traitement égal devant la loi et dans la loi, ou encore que la loi a un effet particulier sur lui en ce qui concerne la protection ou le bénéfice qu'elle offre, mais encore que la loi a un effet discriminatoire sur le plan législatif.

Lorsqu'il y a discrimination, il y a violation du par. 15(1) et, lorsque le par. 15(2) ne s'applique pas, toute justification, tout examen du caractère raisonnable de la mesure législative et, en fait, tout examen des facteurs qui pourraient justifier la discrimination et appuyer la constitutionnalité de la mesure législative attaquée devraient se faire en vertu de l'article premier.

En l'espèce, les détenus sont effectivement, aux termes de l'article 41.1 du Règlement, traités d'une manière différente de la plupart sinon de la totalité des autres Canadiens et l'on peut donc affirmer que cette disposition porte atteinte à leur droit à l'égalité devant la loi. Je ne suis pourtant pas convaincu que cette distinction ou atteinte soit discriminatoire au sens du paragraphe 15(1). Elle ne me semble pas se rapporter à l'un ou l'autre des motifs énumérés et interdits, ou motifs analogues, qui touchent des caractéristiques personnelles. Le traitement distinct dont font l'objet les détenus en l'occurrence, en tant que groupe, ne découle pas de caractéristiques personnelles mais bien de leur conduite passée, qui était répréhensible et antisociale.

J'approuve la thèse des défendeurs qui veut que ces distinctions-là ne soient pas interdites par le paragraphe 15(1) de la Charte. Il n'est pas nécessaire, à mon sens, que les défendeurs démontrent que le traitement distinct dont font l'objet les détenus est une restriction raisonnable aux termes de l'article premier de la Charte.

Conclusion

Durant tout le procès, l'avocat des défendeurs a fait ressortir les répercussions que la décision en l'espèce ne manquerait pas d'avoir sur l'important programme que le Service correctionnel a mis sur pied mais qu'il n'a pas encore étendu à l'ensemble de ses établissements.

Let me reiterate that the whole of that program was not under review in this case. Here, in light of the pleadings and the facts established, what was in issue was the validity of section 41.1, the authority for the order said to be lawful for which Jackson was subject to disciplinary proceedings for failing to comply, in circumstances where the order was made because Jackson was believed to be under the influence of an intoxicant.

My decision is that section 41.1 of the *Penitentiary Service Regulations* in so far as it deals with a circumstance of requiring a urine specimen from an inmate who is believed to have ingested an intoxicant is null and of no effect, as contrary to section 8 and section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and it is not saved by section 1 of that Charter.

Judgment and a declaration to this effect, sought as part of the relief claimed by the plaintiff will be entered.

The plaintiff is also entitled to a declaration, as claimed, that the order of conviction made by the defendant Disciplinary Tribunal at Joyceville Penitentiary *per* Donald Schlichter, Independent Chairperson, in this case is unlawful and of no force and effect.

Finally, the plaintiff will have his costs, as claimed.

Je répète que ce n'est pas tout le programme qui était soumis à notre appréciation. En l'espèce, ce qui est en litige, à la lumière des plaidoiries et des faits prouvés, c'est la validité de l'article 41.1 du Règlement. Or, c'est en vertu de cette disposition seulement que Jackson aurait reçu un ordre légitime auquel il aurait omis d'obéir, s'exposant ainsi à des audiences disciplinaires. En l'occurrence, cet ordre a été donné à Jackson parce qu'on a cru qu'il avait consommé une substance hallucinogène.

Ma décision est la suivante: l'article 41.1 du *Règlement sur le service des pénitenciers*, dans la mesure où il porte sur une situation dans laquelle un échantillon d'urine est exigé d'un détenu parce que l'on croit qu'il a absorbé une substance hallucinogène, est nul et inopérant, parce qu'il contrevient aux articles 8 et 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et qu'il n'est pas visé par l'exception prévue à l'article premier de cette Charte.

Un jugement et une déclaration à cet effet, conformément à la demande de réparation du demandeur, seront inscrits.

Le demandeur a également droit à une déclaration, conformément à sa demande, portant que la déclaration de culpabilité prononcée par le tribunal disciplinaire défendeur, au pénitencier de Joyceville, par l'entremise de Donald Schlichter, président indépendant, est illégale et inopérante.

Finalement, le demandeur aura droit à ses dépens, tels que demandés.

A-226-89

A-226-89

Canadian National Railway Company (*Respondent*) (*Plaintiff*)

v.

Norsk Pacific Steamship Company Limited, Norsk Pacific Marine Services Ltd., Fletcher Challenge Ltd., the tug *Jervis Crown*, Francis MacDonnell (*Appellants*) (*Defendants*)

and

Crown Forest Industries Ltd., the barge *Crown Forest No. 4*, Rivtow Straits Ltd. and R.V.C. Holdings Ltd. operating under the firm name and style of Westminster Tug Boats and the said Westminster Tug Boats, the tug *Westminster Chinook* and Barry Smith (*Defendants*)

and

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

INDEXED AS: CANADIAN NATIONAL RAILWAY CO. v. NORSK PACIFIC STEAMSHIP CO. (C.A.)

Court of Appeal, Heald, Stone and MacGuigan J.J.A.—Ottawa, November 7, 8 and 9, 1989; January 5, 1990.

Torts — Negligence — Pure economic loss — Collision between log barge in tow of tug and railway bridge property of federal Crown causing bridge closure and rerouting of railway traffic — Trial Judge did not err in finding owners and managers of tug liable in negligence for pure economic loss in absence of damage to CNR's property — Requirements of reasonable foreseeability and sufficient degree of proximity between tortfeasor and claimant met.

Maritime law — Torts — Collision between log barge in tow of tug and railway bridge — Trial Judge did not err in holding owners and managers of tug liable in negligence for pure economic loss suffered by railway due to bridge closure — Reasonable foreseeability and sufficient degree of proximity tests met.

Railways — Log barge in tow of tug colliding with railway bridge owned by federal Crown — Temporary bridge closure requiring CNR to reroute trains — CNR awarded damages for pure economic loss — Trial Judge correct in holding owners

Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada (*intimée*) (*demanderesse*)

a c.

Norsk Pacific Steamship Company Limited, Norsk Pacific Marine Services Ltd., Fletcher Challenge Ltd., le remorqueur *Jervis Crown*, Francis MacDonnell (*appelants*) (*défendeurs*)

et

Crown Forest Industries Ltd., le chaland *Crown Forest No. 4*, Rivtow Straits Ltd. et R.V.C. Holdings Ltd. faisant affaires sous la raison sociale de Westminster Tug Boats et ladite Westminster Tug Boats, le remorqueur *Westminster Chinook* et Barry Smith (*défendeurs*)

et

Sa Majesté la Reine (*intimée*) (*tierce partie*)

RÉPERTORIÉ: CIE DES CHEMINS DE FER NATIONAUX DU CANADA c. NORSK PACIFIC STEAMSHIP CO. (C.A.)

Cour d'appel, juges Heald, Stone et MacGuigan, J.C.A.—Ottawa, 7, 8 et 9 novembre 1989; 5 janvier 1990.

Responsabilité délictuelle — Négligence — Préjudice purement financier — Une collision entre un chaland de billes, qui était tiré par un remorqueur, et un pont de chemin de fer appartenant à la Couronne fédérale a entraîné la fermeture du pont et le déroutement du trafic ferroviaire — Le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en concluant que les propriétaires et gestionnaires du remorqueur étaient responsables, par négligence, du préjudice purement financier en l'absence de tout dommage occasionné aux biens du CN — Il a été satisfait aux exigences en ce qui concerne la prévisibilité raisonnable et l'existence d'un lien suffisamment étroit entre l'auteur du délit civil et le réclamant.

Droit maritime — Responsabilité délictuelle — Collision entre un chaland de billes tiré par un remorqueur et un pont de chemin de fer — Le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en tenant les propriétaires et gestionnaires du remorqueur responsables, par négligence, du préjudice purement financier subi par la compagnie ferroviaire en raison de la fermeture du pont — Il a été satisfait aux critères de la prévisibilité raisonnable et du lien suffisamment étroit.

Chemins de fer — Un chaland de billes tiré par un remorqueur est entré en collision avec un pont ferroviaire appartenant à la Couronne fédérale — La fermeture temporaire du pont a obligé le CN à dérouter ses trains — Le CN a obtenu des dommages-intérêts pour préjudice purement financier — Le juge de première instance était justifié de tenir les propriétaires et gestionnaires du remorqueur responsables, par négli-

and managers of tug liable in negligence for pure economic loss in absence of physical damage to CNR's property.

This is an appeal by the owner and master of the tug *Jervis Crown* from a judgment awarding the Canadian National Railway Company ("CNR") damages in tort for economic loss arising from a collision between a log barge in tow of the tug and a bridge owned by Public Works Canada ("PWC") and used by CNR to cross the Fraser River at New Westminster, British Columbia.

Negligence as to the collision was admitted. There being no claims for loss of freight revenue, but solely for the additional costs of operation, CNR and two other railways were awarded the costs incurred in rerouting their trains over another bridge. It was agreed before trial that the claims of the other two railways would stand or fall on the result of the CNR's claim. It is therefore only the latter's claim which is directly in issue on this appeal.

The question is whether the Trial Judge was correct in holding that the appellants could be held liable in negligence for pure economic loss in the absence of any physical damage to CNR's property.

Held, the appeal should be dismissed.

Per Stone J.A.: A loss to be recoverable must not only be foreseeable; there must also be a sufficient proximity or "neighbourhood" between a wrongdoer and a plaintiff such as to give rise to a duty of care owed by the former to the latter.

The following elements were found important by the Trial Judge in determining liability for pure economic loss: knowledge of the claimant as a specific individual or identity likely to suffer the damage as opposed to knowledge of a general class of people; foreseeability of the precise nature of the loss; and sufficient degree of proximity between the act committed by the tortfeasor and the injury complained of "that an ordinary right thinking person would feel that the tortfeasor is morally bound to compensate the victim". Taken collectively, if not perhaps individually, those elements demonstrate that sufficient proximity giving rise to a duty of care owed by the appellants to CNR existed. In the exceptional circumstances of the case, there was no reason in policy for negating this duty of care or for denying recovery of the loss.

Per MacGuigan J.A. (Heald J.A. concurring): It can be concluded from the Supreme Court of Canada decisions in *Rivtow Marine*, *Agnew-Surpass*, *Haig* and *Baird* that there is no absolute rule in Canada preventing recovery for pure economic loss even where there is no physical damage to the plaintiff's property.

The case law shows that for liability to arise in the case of pure economic loss, courts require, in addition to the general principle of reasonable foresight, that there be a sufficient

gence, du préjudice purement financier en l'absence de tout dommage matériel occasionné aux biens du CN.

Il s'agit d'un appel formé par le propriétaire et capitaine du remorqueur *Jervis Crown* contre un jugement accordant à la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada (le «CN») des dommages-intérêts délictuels pour le préjudice purement financier résultant d'une collision entre un chaland de billes, qui était tiré par un remorqueur, et un pont appartenant à Travaux publics Canada («TPC») et utilisé par le CN pour traverser le fleuve Fraser à New Westminster (Colombie-Britannique).

Il a été admis qu'il y avait eu négligence en ce qui concerne la collision. Comme aucune réclamation n'a été présentée pour perte de revenus de fret mais seulement pour les frais supplémentaires d'exploitation, le CN et deux autres compagnies ferroviaires se sont vu indemniser des frais engagés pour dérouter leurs trains et leur faire emprunter un autre pont. Il a été convenu avant le procès que les demandes d'indemnisation des deux autres compagnies ferroviaires dépendraient de la décision rendue relativement à la demande d'indemnisation du CN. C'est donc seulement la réclamation de ce dernier qui est directement en cause dans le présent appel.

La question qui se pose est de savoir si le juge de première instance a eu raison de statuer que les appelants pouvaient être tenus responsables, par négligence, d'un préjudice purement financier en l'absence de tout dommage matériel occasionné aux biens du CN.

Arrêt: l'appel devrait être rejeté.

Le juge Stone, J.C.A.: Pour être indemnisable, le préjudice ne doit pas seulement être prévisible; il doit également y avoir un lien suffisamment étroit entre l'auteur de la faute et le demandeur pour donner naissance à un devoir de prudence qui incombe à celui-là envers celui-ci.

Le juge de première instance a considéré comme importants les éléments suivants pour conclure à la responsabilité pour préjudice purement financier: la connaissance de l'auteur de la réclamation comme personne ou entité déterminée susceptible de subir les dommages par opposition à la connaissance d'une catégorie de personnes générale; la prévisibilité de la nature précise de la perte; et l'existence d'un lien suffisamment étroit entre l'acte commis par l'auteur du délit et les dommages reprochés «de sorte que l'homme de la rue sensé estimerait que le coupable est moralement tenu de dédommager la victime». Pris collectivement, sinon, peut-être, individuellement, ces éléments montrent qu'il existait un lien suffisamment étroit qui donnait lieu à un devoir de prudence incombant aux appelants envers le CN. Dans les circonstances exceptionnelles de l'espèce, il n'y avait aucune raison de principe pour réfuter ce devoir ou pour refuser l'indemnisation du préjudice.

Le juge MacGuigan, J.C.A. (avec l'appui du juge Heald, J.C.A.): Il est possible de conclure, à partir des décisions rendues par la Cour suprême du Canada dans les affaires *Rivtow Marine*, *Agnew-Surpass*, *Haig* et *Baird*, qu'il n'existe pas au Canada de règle absolue qui empêche l'indemnisation du préjudice purement financier même lorsqu'il n'y a pas de dommages matériels causés aux biens du demandeur.

La jurisprudence indique que, pour qu'il y ait responsabilité en cas de préjudice purement financier, les tribunaux exigent, en plus du principe général de prévisibilité raisonnable, qu'il

proximity between the plaintiff and the defendant. Resolution of liability for economic loss is not a policy decision. One should rather look to principle and think of the judgment required for liability as a perception of sufficient proximity.

The best statement of the proximity principle is that formulated by Deane J. of the High Court of Australia in *Sutherland Shire Council v. Heyman*. His Lordship said that proximity embraced various forms: "physical proximity (in the sense of space and time) between the person or property of the plaintiff and that of the defendant; circumstantial proximity such as an overriding relationship of employer and employee or of a professional man and his client; causal proximity in the sense of closeness or directness of the causal connection between the particular act and the injury sustained; assumed proximity which reflects an assumption by one party of a responsibility to take care to prevent injury, or reliance by one party upon such care being taken by the other in circumstances where the other party knew or ought to have known of that reliance". It was also said that "the requirement of a relationship of proximity serves as a touchstone and control of the categories of cases in which the common law will adjudge that a duty of care is owed".

The actual knowledge of the appellants found by the Trial Judge (knowledge of the CNR as a party likely to suffer damage and knowledge of the precise nature of the loss) was not necessary for liability; all that was required in that regard was reasonable foreseeability. The principle of sufficient proximity was realized particularly by the third ground advanced by the Trial Judge to the effect that the property of the CNR (the tracks on both sides of the river) was not only in close proximity to the bridge but it could not properly be enjoyed without the essential link of the bridge. In effect, the Trial Judge found that the CNR was so closely assimilated to the position of PWC that it was very much within the reasonable ambit of risk of the appellants at the time of the accident. That constituted both "physical and circumstantial closeness".

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

CONSIDERED:

Attorney-General for Ontario v. Fatehi et al. (1981), 34 O.R. (2d) 129; 127 D.L.R. (3d) 603; 18 C.C.L.T. 97; 13 M.V.R. 180 (C.A.); revd on other grounds [1984] 2 S.C.R. 536; (1984), 15 D.L.R. (4th) 132; 31 C.C.L.T. 1; 31 M.V.R. 301; 56 N.R. 62; 60 A.C. 270; *D. & F. Estates Ltd. v. Church Comrs. for England*, [1989] 1 A.C. 177 (H.L.); *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.); *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.); *Dorset Yacht Co. Ltd. v. Home Office*, [1970] A.C. 1004 (H.L.); *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465 (H.L.); *Caltex Oil (Australia) Pty. Ltd. v. The Dredge "Willemstad"* (1976), 136 C.L.R. 529; 11 A.L.R. 227 (H.C.); *Junior Books Ltd. v. Veitchi Co. Ltd.*, [1983] A.C. 520; [1982] 3 All ER 201 (H.L.); *Candlewood Navigation Corp'n. Ltd. v. Mitsui O.S.K. Lines Ltd.*

existe un lien suffisamment étroit entre le demandeur et le défendeur. La solution concernant la responsabilité à l'égard du préjudice financier ne prend pas la forme d'une décision fondée sur une ligne de conduite. On devrait plutôt tenir compte du principe et considérer le jugement requis en matière de responsabilité comme la perception d'un lien suffisamment étroit.

Le meilleur exposé du principe du lien étroit est celui que le juge Deane de la Haute Cour de l'Australie a fait dans l'arrêt *Sutherland Shire Council v. Heyman*. Sa Seigneurie a déclaré que ce lien étroit embrassait diverses formes: «la proximité physique (dans l'espace et dans le temps) entre la personne ou les biens du demandeur et la personne ou les biens du défendeur; un lien étroit circonstanciel comme dans des rapports prépondérants entre employeur et employé ou entre un professionnel et son client; un lien étroit de causalité au sens d'étroitesse de la relation de cause à effet entre l'acte particulier et le dommage subi; un lien étroit assumé qui reflète une assumption par l'une des parties de la responsabilité de prendre soin d'éviter le dommage, ou la croyance de l'une des parties qu'une telle prudence sera montrée par l'autre dans des cas où l'autre partie était ou aurait dû être au courant de cette croyance». Il y est également dit que «l'existence nécessaire d'un lien étroit sert de pierre de touche pour reconnaître les catégories d'affaires dans lesquelles la *common law* statuera qu'une partie bénéficiera d'une obligation de prudence».

Il n'était pas nécessaire que les appelants soient vraiment au courant du préjudice (au courant du fait que le CN était susceptible de subir des dommages et au courant de la nature précise du préjudice), comme l'a conclu le juge de première instance, pour qu'il y ait responsabilité; tout ce qui était requis à cet égard, c'était la prévisibilité raisonnable. Quant au principe de l'existence d'un lien suffisamment étroit, il est atteint grâce notamment au troisième motif avancé par le juge de première instance et selon lequel les biens du CN (les rails situés des deux côtés du fleuve) n'étaient pas seulement en rapport étroit avec le pont mais ne pouvaient être utilisés adéquatement sans le lien essentiel que constituait le pont. De fait, le juge de première instance a conclu que le CN était assimilé de si près à TPC qu'il était vraiment dans le champ raisonnable de risque des appelants au moment de l'accident. Cela constituait «un lien à la fois physique et circonstanciel».

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Attorney-General for Ontario v. Fatehi et al. (1981), 34 O.R. (2d) 129; 127 D.L.R. (3d) 603; 18 C.C.L.T. 97; 13 M.V.R. 180 (C.A.); inf. pour d'autres motifs [1984] 2 R.C.S. 536; (1984), 15 D.L.R. (4th) 132; 31 C.C.L.T. 1; 31 M.V.R. 301; 56 N.R. 62; 60 A.C. 270; *D. & F. Estates Ltd. v. Church Comrs. for England*, [1989] 1 A.C. 177 (H.L.); *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.); *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.); *Dorset Yacht Co. Ltd. v. Home Office*, [1970] A.C. 1004 (H.L.); *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465 (H.L.); *Caltex Oil (Australia) Pty. Ltd. v. The Dredge "Willemstad"* (1976), 136 C.L.R. 529; 11 A.L.R. 227 (H.C.); *Junior Books Ltd. v. Veitchi Co. Ltd.*, [1983] A.C. 520; [1982] 3 All ER 201 (H.L.); *Candlewood Navigation Corp'n. Ltd. v. Mitsui O.S.K. Lines Ltd.*

["The Mineral Transporter"], [1986] A.C. 1; [1985] 2 All ER 935 (P.C.); *Leigh and Sillavan Ltd. v. Aliakmon Shipping Co. Ltd.*, [1986] A.C. 785; [1986] 2 All ER 145 (H.L.); *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works et al.*, [1974] S.C.R. 1189; (1973), 40 D.L.R. (3d) 530; [1973] 6 W.W.R. 692; *Kamloops (City of) v. Nielsen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 2; (1984), 10 D.L.R. (4th) 641; [1984] 5 W.W.R. 1; 29 C.C.L.T. 97; *Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. v. Cummer-Yonge Investments Ltd.*, [1976] 2 S.C.R. 221; (1975), 55 D.L.R. (3d) 676; [1975] I.L.R. 1-675; 4 N.R. 547; *Haig v. Bamford et al.*, [1977] 1 S.C.R. 466; (1976), 72 D.L.R. (3d) 68; [1976] 3 W.W.R. 331; 27 C.P.R. (2d) 149; 9 N.R. 43; *B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 S.C.R. 228; (1986), 26 D.L.R. (4th) 1; [1986] 3 W.W.R. 216; 1 B.C.L.R. (2d) 324; 36 C.C.L.T. 87; 65 N.R. 261; *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147; (1986), 75 N.S.R. (2d) 109; 31 D.L.R. (4th) 481; 186 A.P.R. 109; 34 B.L.R. 187; 37 C.C.L.T. 117; 42 R.P.C. 161; *Baird v. The Queen in right of Canada*, [1984] 2 F.C. 160; (1983), 148 D.L.R. (3d) 1; 48 N.R. 276 (C.A.); *Gypsum Carrier Inc. v. The Queen*, [1978] 1 F.C. 147; (1977), 78 D.L.R. (3d) 175 (T.D.); *Bethlehem Steel Corporation v. St. Lawrence Seaway Authority*, [1978] 1 F.C. 464; (1977), 79 D.L.R. (3d) 522 (T.D.); *Interocean Shipping Company v. The Ship Atlantic Splendour*, [1984] 1 F.C. 931; (1983), 26 C.C.L.T. 189 (T.D.); *Nicholls v. Township of Richmond et al.* (1983), 145 D.L.R. (3d) 362; [1983] 4 W.W.R. 169; 43 B.C.L.R. 162; 1 C.C.E.L. 188; 24 C.C.L.T. 253; 33 C.P.C. 310 (C.A.); *Maughan and Maughan v. International Harvester Company of Canada Limited* (1980), 38 N.S.R. (2d) 101; 112 D.L.R. (3d) 243 (C.A.); *Yumerovski et al. v. Dani* (1977), 18 O.R. (2d) 704; 83 D.L.R. (3d) 558; 4 C.C.L.T. 233 (Co. Ct.); affd (1979), 120 D.L.R. (3d) 768 (Ont. C.A.); *Sutherland Shire Council v. Heyman* (1985), 60 ALR 1 (H.C.); *Simpson v. Thomson* (1877), 3 App. Cas. 279 (H.L.); *Hill v. Chief Constable of West Yorkshire*, [1989] A.C. 53 (H.L.); *Yeun Kun Yeu v. Attorney-General of Hong Kong*, [1988] A.C. 175 (P.C.).

["The Mineral Transporter"], [1986] A.C. 1; [1985] 2 All ER 935 (P.C.); *Leigh and Sillavan Ltd. v. Aliakmon Shipping Co. Ltd.*, [1986] A.C. 785; [1986] 2 All ER 145 (H.L.); *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works et autre*, [1974] R.C.S. 1189; (1973), 40 D.L.R. (3d) 530; [1973] 6 W.W.R. 692; *Kamloops (Ville de) c. Nielsen et autres*, [1984] 2 R.C.S. 2; (1984), 10 D.L.R. (4th) 641; [1984] 5 W.W.R. 1; 29 C.C.L.T. 97; *Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. c. Cummer-Yonge Investments Ltd.*, [1976] 2 R.C.S. 221; (1975), 55 D.L.R. (3d) 676; [1975] I.L.R. 1-675; 4 N.R. 547; *Haig c. Bamford et autres*, [1977] 1 R.C.S. 466; (1976), 72 D.L.R. (3d) 68; [1976] 3 W.W.R. 331; 27 C.P.R. (2d) 149; 9 N.R. 43; *B.D.C. Ltd. c. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 R.C.S. 228; (1986), 26 D.L.R. (4th) 1; [1986] 3 W.W.R. 216; 1 B.C.L.R. (2d) 324; 36 C.C.L.T. 87; 65 N.R. 261; *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147; (1986), 75 N.S.R. (2d) 109; 31 D.L.R. (4th) 481; 186 A.P.R. 109; 34 B.L.R. 187; 37 C.C.L.T. 117; 42 R.P.C. 161; *Baird c. La Reine du chef du Canada*, [1984] 2 C.F. 160; (1983), 148 D.L.R. (3d) 1; 48 N.R. 276 (C.A.); *Gypsum Carrier Inc. c. La Reine*, [1978] 1 C.F. 147; (1977), 78 D.L.R. (3d) 175 (1^{re} inst.); *Bethlehem Steel Corporation c. Administration de la voie maritime du Saint-Laurent*, [1978] 1 C.F. 464; (1977), 79 D.L.R. (3d) 522 (1^{re} inst.); *Interocean Shipping Company c. Le navire Atlantic Splendour*, [1984] 1 C.F. 931; (1983), 26 C.C.L.T. 189 (1^{re} inst.); *Nicholls v. Township of Richmond et al.* (1983), 145 D.L.R. (3d) 362; [1983] 4 W.W.R. 169; 43 B.C.L.R. 162; 1 C.C.E.L. 188; 24 C.C.L.T. 253; 33 C.P.C. 310 (C.A.); *Maughan and Maughan v. International Harvester Company of Canada Limited* (1980), 38 N.S.R. (2d) 101; 112 D.L.R. (3d) 243 (C.A.); *Yumerovski et al. v. Dani* (1977), 18 O.R. (2d) 704; 83 D.L.R. (3d) 558; 4 C.C.L.T. 233 (C. cté); conf. par (1979), 120 D.L.R. (3d) 768 (C.A. Ont.); *Sutherland Shire Council v. Heyman* (1985), 60 ALR 1 (H.C.); *Simpson v. Thomson* (1877), 3 App. Cas. 279 (H.L.); *Hill v. Chief Constable of West Yorkshire*, [1989] A.C. 53 (H.L.); *Yeun Kun Yeu v. Attorney-General of Hong Kong*, [1988] A.C. 175 (P.C.).

g

REFERRED TO:

Cattle v. Stockton Waterworks Company (1875), L.R. 10 Q.B. 453; *Ultramares Corporation v. Touche*, 255 N.Y. 170; 174 N.E. 441 (Ct. App. 1931); *Morrison Steamship Co., Ltd. v. Greystoke Castle (Cargo Owners)*, [1947] A.C. 265 (H.L.); *East River S.S. Corp. v. Transamerica Delaval, Inc.*, 106 S. Ct. 2295 (1986); *Reid v. Rush & Tompkins Group plc*, [1989] 3 All ER 228 (C.A.); *Nunes Diamonds (J.) Ltd. v. Dominion Electric Protection Co.*, [1972] S.C.R. 769; (1972), 26 D.L.R. (3d) 699; *University of Regina v. Pettick et al.* (1986), 51 Sask. R. 270; 38 C.C.L.T. 230; 23 C.L.R. 204 (Q.B.); *Dominion Tape of Canada Ltd. v. L. R. McDonald & Sons Ltd. et al.*, [1971] 3 O.R. 627; (1971), 21 D.L.R. (3d) 299 (Co. Ct.); *Smith et al. v. Melancon*, [1976] 4 W.W.R. 9 (B.C.S.C.); *MacMillan Bloedel Ltd. v. Foundation Company of Canada Ltd.* (1977), 75 D.L.R. (3d) 294; [1977] 2 W.W.R. 717; 1 C.C.L.T. 358 (B.C.S.C.); *Trappa Holdings Ltd. v. District of Surrey et al.* (1978), 95

DÉCISIONS CITÉES:

Cattle v. Stockton Waterworks Company (1875), L.R. 10 Q.B. 453; *Ultramares Corporation v. Touche*, 255 N.Y. 170; 174 N.E. 441 (Ct. App. 1931); *Morrison Steamship Co., Ltd. v. Greystoke Castle (Cargo Owners)*, [1947] A.C. 265 (H.L.); *East River S.S. Corp. v. Transamerica Delaval, Inc.*, 106 S. Ct. 2295 (1986); *Reid v. Rush & Tompkins Group plc*, [1989] 3 All ER 228 (C.A.); *Nunes Diamonds (J.) Ltd. c. Dominion Electric Protection Co.*, [1972] R.C.S. 769; (1972), 26 D.L.R. (3d) 699; *University of Regina v. Pettick et al.* (1986), 51 Sask. R. 270; 38 C.C.L.T. 230; 23 C.L.R. 204 (B.R.); *Dominion Tape of Canada Ltd. v. L. R. McDonald & Sons Ltd. et al.*, [1971] 3 O.R. 627; (1971), 21 D.L.R. (3d) 299 (C. cté); *Smith et al. v. Melancon*, [1976] 4 W.W.R. 9 (C.S.C.-B.); *MacMillan Bloedel Ltd. v. Foundation Company of Canada Ltd.* (1977), 75 D.L.R. (3d) 294; [1977] 2 W.W.R. 717; 1 C.C.L.T. 358 (C.S.C.-B.); *Trappa Holdings Ltd. v. District of Surrey et al.* (1978),

D.L.R. (3d) 107; [1978] 6 W.W.R. 545 (B.C.S.C.); *Gold v. The DeHavilland Aircraft of Can. Ltd.*, [1983] 6 W.W.R. 229; (1983), 25 C.C.L.T. 180 (B.C.S.C.); *Spartan Steel & Alloys Ltd. v. Martin & Co. (Contractors) Ltd.*, [1973] Q.B. 27 (C.A.); *S.C.M. (United Kingdom) Ltd. v. W. J. Whittall and Son Ltd.*, [1971] 1 Q.B. 337 (C.A.); *Ross v. Caunters*, [1980] Ch. 297; *Lumley v. Gye* (1853), 2 El. & Bl. 216 (Q.B.).

95 D.L.R. (3d) 107; [1978] 6 W.W.R. 545 (C.S.C.-B.); *Gold v. The DeHavilland Aircraft of Can. Ltd.*, [1983] 6 W.W.R. 229; (1983), 25 C.C.L.T. 180 (C.S.C.-B.); *Spartan Steel & Alloys Ltd. v. Martin & Co. (Contractors) Ltd.*, [1973] Q.B. 27 (C.A.); *S.C.M. (United Kingdom) Ltd. v. W. J. Whittall and Son Ltd.*, [1971] 1 Q.B. 337 (C.A.); *Ross v. Caunters*, [1980] Ch. 297; *Lumley v. Gye* (1853), 2 El. & Bl. 216 (Q.B.).

AUTHORS CITED

Atiyah, P. S. "Negligence and Economic Loss" ^b (1967), 83 *L.Q. Rev.* 248.
 Blom, Joost. "Economic Loss: Curbs on the Way Ahead?" (1987), 12 *Can. Bus. L.J.* 275.
 Burns, Peter J. "Recent Developments in Negligence Law" in *Negligence Law in the 1990's*. Vancouver: Continuing Legal Education Society of British Columbia, 1985.
 Cane, Peter. "Economic Loss in Tort: Is the Pendulum Out of Control?" (1989), 52 *Mod. L. Rev.* 200.
 Feldthusen, Bruce. *Economic Negligence*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989.
 Feldthusen, Bruce. "Economic Loss: Where Are We Going After *Junior Books*?" (1987), 12 *Can. Bus. L.J.* 241.
 Feldthusen, Bruce. "Pure Economic Loss Consequent Upon Physical Damage to a Third Party" (1977), 16 *U.W.O.L. Rev.* 1.
 Fleming, John G. *The Law of Torts*, 7th ed. Sydney: Law Book Co. Ltd., 1987.
 Jones, Michael A. "Economic Loss—A Return to Pragmatism" (1986), 102 *L.Q. Rev.* 13.
 Jutras, Daniel. "Civil Law and Pure Economic Loss: What Are We Missing?" (1987), 12 *Can. Bus. L.J.* 295.
 Linden, Allen M. *Canadian Tort Law*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 1988.
 Markesinis, B. S. "An Expanding Tort Law—The Price of a Rigid Contract Law" (1987), 103 *L.Q. Rev.* 354.
 Smilie, J. A. "Negligence and Economic Loss" (1982), 32 *U.T.L.J.* 231.

COUNSEL:

P. D. Lowry and J. W. Perrett for appellants (defendants).
David F. McEwen for respondent (plaintiff) Canadian National Railway Company.

SOLICITORS:

Campney & Murphy, Vancouver, for appellants (defendants).
McEwen, Schmitt & Co., Vancouver, for respondent (plaintiff) Canadian National Railway Company.

DOCTRINE

Atiyah, P. S. «Negligence and Economic Loss» (1967), 83 *L.Q. Rev.* 248.
 Blom, Joost. «Economic Loss: Curbs on the Way Ahead?» (1987), 12 *Can. Bus. L.J.* 275.
 Burns, Peter J. «Recent Developments in Negligence Law» in *Negligence Law in the 1990's*. Vancouver: Continuing Legal Education Society of British Columbia, 1985.
 Cane, Peter. «Economic Loss in Tort: Is the Pendulum Out of Control?» (1989), 52 *Mod. L. Rev.* 200.
 Feldthusen, Bruce. *Economic Negligence*, 2^e éd. Toronto: Carswell, 1989.
 Feldthusen, Bruce. «Economic Loss: Where Are We Going After *Junior Books*?» (1987), 12 *Can. Bus. L.J.* 241.
 Feldthusen, Bruce. «Pure Economic Loss Consequent Upon Physical Damage to a Third Party» (1977), 16 *U.W.O.L. Rev.* 1.
 Fleming, John G. *The Law of Torts*, 7^e éd. Sydney: Law Book Co. Ltd., 1987.
 Jones, Michael A. «Economic Loss—A Return to Pragmatism» (1986), 102 *L.Q. Rev.* 13.
 Jutras, Daniel. «Civil Law and Pure Economic Loss: What Are We Missing?» (1987), 12 *Can. Bus. L.J.* 295.
 Linden, Allen M. *La responsabilité civile délictuelle*, 4^e éd. Cowansville: Éditions Yvon Blais Inc., 1988.
 Markesinis, B. S. «An Expanding Tort Law—The Price of a Rigid Contract Law» (1987), 103 *L.Q. Rev.* 354.
 Smilie, J. A. «Negligence and Economic Loss» (1982), 32 *U.T.L.J.* 231.

AVOCATS:

P. D. Lowry et J. W. Perrett pour les appelants (défendeurs).
David F. McEwen pour l'intimée (demanderesse) la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada.

PROCUREURS:

Campney & Murphy, Vancouver, pour les appelants (défendeurs).
McEwen, Schmitt & Co., Vancouver, pour l'intimée (demanderesse) la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

STONE J.A.: I respectfully agree with Mr. Justice MacGuigan that in the circumstances of this case a duty of care was owed by the appellants (defendants) to the respondent (plaintiff) and, accordingly, that the former are liable to make good the pure economic loss sustained by the latter. I am also in general agreement with the reasons proposed by him, but wish to add these reasons for so concluding.

I accept from the outset that the issue whether and in what circumstances the law should permit recovery for pure economic loss is a "vexatious"¹ one. Courts of highest authority have shown varying degrees of reluctance to permit inroads on the exclusionary rule laid down in *Cattle v. Stockton Waterworks Company* (1875), L.R. 10 Q.B. 453 and upheld by the House of Lords in *Simpson v. Thomson* (1877), 3 App. Cas. 279. Indeed, Mr. Lowry submits that the rule has stood now for more than a century and remains good law both in the United Kingdom as in Canada, and also that such judicial inroads as may have occurred have been carefully circumscribed.

I begin with a brief review of the foundation cases. The plaintiff in *Cattle* contracted with Knight, the owner of lands adjoining both sides of a road, to make a tunnel under the road so as to connect the lands on both sides, the soil of the road itself being declared by statute to be in the owners of the adjoining land. The work was delayed and the plaintiff was put to expense when water leaking from the defendant's watermain higher up on the road interfered with the performance of the work. The claim was one for pure economic (or financial) loss flowing from this interference with the plaintiff's right to enjoy a higher return of profit from the contract. In rejecting the claim, Blackburn J. asked (at page 457) whether the plaintiff *Cattle* could "sue in his own name for the loss which he has in fact sustained, in consequence of the damage, which the defendants have done to the property of Knight, causing him, *Cattle*, to lose

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

LE JUGE STONE, J.C.A.: Je suis respectueusement d'accord avec le juge MacGuigan pour dire que, dans les circonstances de la présente affaire, les appelants (défendeurs) avaient un devoir de prudence envers l'intimée (demanderesse) et, par conséquent, que ceux-là étaient tenus de réparer le préjudice purement financier subi par celle-ci. Je suis également d'accord en général avec les motifs qu'il a exprimés, mais je désire toutefois ajouter les présents motifs.

Je conviens dès le début que la question de savoir si et dans quelles circonstances la loi devrait permettre l'indemnisation du préjudice purement financier est une question «controversée»¹. Les tribunaux d'instance supérieure se sont montrés peu disposés, à des degrés différents, à permettre des empiétements sur la règle d'exclusion établie dans l'arrêt *Cattle v. Stockton Waterworks Company* (1875), L.R. 10 Q.B. 453, et confirmée par la Chambre des lords dans l'arrêt *Simpson v. Thomson* (1877), 3 App. Cas. 279. En effet, M^e Lowry soutient que la règle existe maintenant depuis plus d'un siècle et reste valable sur le plan juridique tant au Royaume-Uni qu'au Canada et également que les empiétements judiciaires qui ont pu se produire ont été circonscrits avec soin.

Je vais commencer par une brève revue des arrêts de base. Le demandeur dans l'arrêt *Cattle* a passé un contrat avec Knight, le propriétaire de terrains contigus aux deux côtés d'un chemin, afin de percer un tunnel sous le chemin de façon à relier les terrains se trouvant des deux côtés, le sol du chemin lui-même étant considéré par la loi comme appartenant aux propriétaires du terrain contigu. Les travaux ont été retardés, et le demandeur a été exposé à des dépenses lorsqu'un écoulement d'eau provenant de la conduite principale du défendeur située à un niveau plus élevé que le chemin est venu entraver l'exécution des travaux. La demande d'indemnisation portait sur le préjudice purement financier découlant de cette entrave au droit du demandeur de retirer du contrat des profits plus élevés. En rejetant la demande d'indemnisation, le juge Blackburn s'est demandé (à la page 457) si le demandeur *Cattle* pouvait [TRA-

¹ Per Wilson J., in *Kamloops (City of) v. Nielsen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 2, at p. 25.

¹ Le juge Wilson, dans l'arrêt *Kamloops (Ville de) c. Nielsen et autres*, [1984] 2 R.C.S. 2, à la p. 25.

money under his contract?”, and he answered the question in the negative. His reasons for so doing are stated succinctly, at pages 457-458:

In the present case the objection is technical and against the merits, and we should be glad to avoid giving it effect. But if we did so, we should establish an authority for saying that, in such a case as that of *Fletcher v. Rylands* [Law Rep. 1 Ex. 265; Law Rep. 3 H.L. 330] the defendant would be liable, not only to an action by the owner of the drowned mine, and by such of his workmen as had their tools or clothes destroyed, but also to an action by every workman and person employed in the mine, who in consequence of its stoppage made less wages than he would otherwise have done. And many similar cases to which this would apply might be suggested. It may be said that it is just that all such persons should have compensation for such a loss, and that, if the law does not give them redress, it is imperfect. Perhaps it may be so. But, as was pointed out by Coleridge, J., in *Lumley v. Gye* (2 E. & B. at p. 252; 22 L. J. (Q.B.) at p. 479), Courts of justice should not “allow themselves, in the pursuit of perfectly complete remedies for all wrongful acts, to transgress the bounds, which our law, in a wise consciousness as I conceive of its limited powers, has imposed on itself, of redressing only the proximate and direct consequences of wrongful acts.” In this we quite agree. No authority in favour of the plaintiff’s right to sue was cited, and, as far as our knowledge goes, there was none that could have been cited.

In the present case there is . . . at most . . . a neglect of duty, which occasioned injury to the property of Knight, but which did not injure any property of the plaintiff. The plaintiff’s claim is to recover the damage which he has sustained by his contract with Knight becoming less profitable, or, it may be, a losing contract, in consequence of this injury to Knight’s property. We think this does not give him any right of action.

Two years later, the reasons underlying the rule were further articulated by Lord Penzance in *Simpson, supra*, at page 289:

But in the argument at your Lordships’ Bar the learned Counsel for the Respondents took their stand upon a much broader ground. They contended that the underwriters, by virtue of the policy which they entered into in respect of this ship, had an interest of their own in her welfare and protection, inasmuch as any injury or loss sustained by her would indirectly fall upon them as a consequence of their contract; and that this interest was such as would support an action by them in their own names and behalf against a wrong-doer. This proposi-

DUCTION] «intenter une action en son propre nom pour le préjudice qu’il a de fait subi à la suite des dommages que les défendeurs ont causés aux biens de Knight, lui faisant perdre à lui, Cattle, de l’argent dans le cadre du contrat?», et il a répondu à la question par la négative. Voici les motifs qu’il a formulés succinctement à cet égard, aux pages 457 et 458:

[TRADUCTION] En l’espèce, il s’agit d’une objection mineure et non justifiée, et nous devrions être contents d’éviter de lui donner effet. Mais si nous le faisons, nous établirions un précédent pour dire que, dans une affaire comme *Fletcher v. Rylands* (Law Rep. 1 Ex. 265; Law Rep. 3 H.L. 330) le défendeur serait exposé à des poursuites, non seulement de la part du propriétaire de la mine inondée et de ceux de ses ouvriers dont les outils ou les vêtements ont été endommagés, mais également de la part de tout ouvrier et de tout employé de la mine, qui à la suite de l’arrêt des opérations ont touché des salaires inférieurs à ceux qu’ils auraient retirés sans cela. Et on pourrait suggérer beaucoup d’autres cas similaires auxquels cela pourrait s’appliquer. On peut avancer qu’il est juste que toutes ces personnes devraient être indemnisées pour pareilles pertes et que si la loi ne leur accorde aucun recours elle est imparfaite. C’est peut-être vrai. Mais, comme l’a souligné le juge Coleridge dans l’arrêt *Lumley v. Gye* (2 E. & B. à la p. 252; 22 L. J. (Q.B.) à la p. 479), les cours de justice ne devraient pas «prendre la liberté dans la recherche de recours parfaitement complets pour tous les actes préjudiciables, d’outrepasser les limites que notre droit, selon une sage perception, à mon avis, de ses pouvoirs limités, s’est imposées, de réparer seulement les conséquences immédiates et directes d’actes préjudiciables». Sur ce point, nous sommes tout à fait d’accord. Aucune décision judiciaire n’a été citée en faveur du droit du demandeur d’intenter une poursuite, et, à notre connaissance, il n’y en avait aucune qui aurait pu l’être.

En l’espèce, il s’agit . . . tout au plus . . . d’une omission de remplir un devoir, qui a occasionné un préjudice aux biens de Knight, mais qui n’a endommagé aucun bien du demandeur. La réclamation du demandeur vise l’indemnisation des dommages qu’il a subis du fait que son contrat avec Knight est devenu moins avantageux ou, peut-être, pas du tout rentable à la suite de ces dommages aux biens de Knight. Nous pensons que cela ne lui confère aucun droit d’action.

Deux ans plus tard, les motifs sous-tendant la règle ont été exprimés plus clairement par lord Penzance dans l’arrêt *Simpson*, précité, à la page 289:

[TRADUCTION] Mais, dans leur plaidoirie devant vos Seigneuries, les avocats des intimés ont fondé leur attitude sur un terrain beaucoup plus vaste. Ils ont prétendu que les assureurs, en vertu de la police qu’ils ont conclue relativement au navire, avaient un intérêt dans la protection de celui-ci, en ce sens que tout dommage ou préjudice subi par lui les concernerait indirectement en raison du contrat; et que cet intérêt était tel qu’il leur permettrait d’intenter une action en leur nom contre l’auteur du délit. Cette proposition confirme virtuellement un

tion virtually affirms a principle which I think your Lordships will do well to consider with some care, as it will be found to have a much wider application and signification than any which may be involved in the incidents of a contract of insurance. The principle involved seems to me to be this—that where damage is done by a wrongdoer to a chattel not only the owner of that chattel, but all those who by contract with the owner have bound themselves to obligations which are rendered more onerous, or have secured to themselves advantages which are rendered less beneficial by the damage done to the chattel, have a right of action against the wrongdoer although they have no immediate or reversionary property in the chattel, and no possessory right by reason of any contract attaching to the chattel itself, such as by lien or hypothecation.

The appellants (defendants) contend that the exclusionary rule has been recognized in Canada by the highest authority, and cite by way of example references to *Cattle in Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works et al.*, [1974] S.C.R. 1189; and in *Kamloops (City of) v. Nielsen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 2. Further, in *Attorney-General for Ontario v. Fatehi et al.* (1981), 34 O.R. (2d) 129 (C.A.), (reversed on other grounds [1984] 2 S.C.R. 536), Wilson J.A. (as she then was), after canvassing the authorities including the view expressed by Pigeon J. in *Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. v. Cummer-Yonge Investments Ltd.*, [1976] 2 S.C.R. 221, at page 252 that it had been settled in *Rivtow* “that recovery for economic loss caused by negligence is allowable without any recovery for property damage”, observed at page 139:

Despite this, the exclusionary rule dies hard. In two recent cases, *Bethlehem Steel Corp. v. St. Lawrence Seaway Authority et al.*, [1978] 1 F.C. 464, 79 D.L.R. (3d) 522, and *Ital-Canadian Investments Ltd. v. North Shore Plumbing & Heating Co. Ltd. et al.*, [1978] 4 W.W.R. 289 (B.C.S.C.), the right to recovery for pure economic loss was limited to cases where there had also been physical damage to person or property or where such physical damage was threatened.

And, at page 140, she added:

I have concluded from a review of the leading English and Canadian authorities that, while Canadian courts have made greater inroads into the exclusionary rule than the English courts, there has been no dramatic movement away from it despite the observation of Mr. Justice Pigeon in the *Agnew-Surpass* case, *supra*. I say this because the majority in *Rivtow*, *supra*, found it necessary to base recovery on the existence of an independent tort, breach of the duty to warn arising from

principe que, à mon avis, vos Seigneuries feront bien de prendre en considération avec quelque soin, car il se trouvera à avoir une application et une signification beaucoup plus larges que n'importe quel de ceux qui peuvent être concernés dans les événements d'un contrat d'assurance. Le principe en cause me semble être le suivant: lorsque l'auteur d'un délit cause des dommages à un bien meuble, non seulement le propriétaire de ce bien meuble mais également tous ceux qui par contrat avec le propriétaire sont liés aux obligations dont l'exécution est devenue plus onéreuse ou qui ont obtenu pour eux-mêmes des avantages qui sont rendus moins intéressants en raison des dommages occasionnés au bien meuble, ont un droit d'action contre l'auteur du délit bien qu'ils n'aient pas de droit de propriété immédiat ou réversif sur le meuble, ni aucun droit de possession en raison d'un contrat se rapportant au bien meuble lui-même, comme au moyen d'un privilège ou d'une hypothèque.

Les appelants (défendeurs) allèguent que la règle d'exclusion a été reconnue au Canada par les plus hauts tribunaux et citent à titre d'exemples des renvois à l'arrêt *Cattle* dans *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works et autre*, [1974] R.C.S. 1189; et *Kamloops (Ville de) c. Nielsen et autres*, [1984] 2 R.C.S. 2. En outre, dans l'arrêt *Attorney-General for Ontario v. Fatehi et al.* (1981), 34 O.R. (2d) 129 (C.A.), (infirmé pour d'autres motifs par [1984] 2 R.C.S. 536), le juge d'appel Wilson (tel était alors son titre), après avoir examiné à fond les décisions judiciaires et notamment l'opinion exprimée par le juge Pigeon dans l'arrêt *Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. c. Cummer-Yonge Investments Ltd.*, [1976] 2 R.C.S. 221, à la page 252, selon lequel il avait été établi dans l'arrêt *Rivtow* «que le recouvrement de la perte économique causée par la négligence est admis même sans recouvrement pour dommages matériels», a fait remarquer à la page 139:

[TRADUCTION] Malgré cela, la règle d'exclusion a la vie dure. Dans deux décisions récentes, *Bethlehem Steel Corp. c. L'Administration de la voie maritime du Saint-Laurent et autres*, [1978] 1 C.F. 464, 79 D.L.R. (3d) 522, et *Ital-Canadian Investments Ltd. v. North Shore Plumbing & Heating Co. Ltd. et al.*, [1978] W.W.R. 289 (C.S.C.-B.), le droit à une indemnisation pour préjudice purement financier a été limité à des cas où il y avait eu également un préjudice physique à la personne ou aux biens ou menace de préjudice.

Et elle ajoutait, à la page 140:

[TRADUCTION] J'ai conclu, à partir d'une revue des principales décisions anglaises et canadiennes, que, bien que les tribunaux canadiens aient empiété sur la règle d'exclusion davantage que les tribunaux anglais, on ne s'en est pas écarté de façon spectaculaire malgré les remarques faites par le juge Pigeon dans l'arrêt *Agnew-Surpass*, précité. Je dis cela parce que les juges formant la majorité dans l'arrêt *Rivtow*, précité, ont conclu qu'il fallait fonder l'indemnisation sur l'existence d'un

the special relationship between the parties, and Laskin J. required a threat of physical damage to person or property. None of the Court seems to have been prepared to go as far as Lord Justice Edmund Davies in his dissenting judgment in the *Spartan Steel* case, *supra*, and permit recovery of the economic loss as a direct and reasonably foreseeable consequence of the defect in the design or manufacture of the crane. In cases where there is no independent tort and no threat of physical damage the exclusionary rule would seem to be still very much alive in Canada.

The appellants (defendants) lay much stress on three recent decisions of the House of Lords and the Privy Council as reaffirming the exclusionary rule in English common law, in none of which was a claim for pure economic loss allowed. The first, *Candlewood Navigation Corpn. Ltd. v. Mitsui O.S.K. Lines Ltd.* [*"The Mineral Transporter"*], [1986] A.C. 1 (P.C.), involved a claim by a bareboat charterer for the cost of repairing a ship damaged in a collision with another ship, as well as a claim by a time charterer (also the owner of the ship) for loss of charter hire and lost profits during the time the ship was laid up. In *Leigh and Silavan Ltd. v. Aliakmon Shipping Co. Ltd.*, [1986] A.C. 785 (H.L.), the plaintiff, a c & f buyer of goods carried in a ship, claimed against the carrier for damage done to the goods during transit, in which the risk of loss but not the property had passed to the plaintiff who was not a party to the contract of carriage. Finally, *D. & F. Estates Ltd. v. Church Comrs. for England*, [1989] 1 A.C. 177 (H.L.) involved a claim by tenants against a main contractor for the cost of repairing defective plastering work performed on premises by a sub-contractor, and a separate claim by the occupiers of the premises for the loss of enjoyment of use and occupation during the period of restoration.

As is apparent in *Candlewood* itself (at pages 24-25) in denying recovery for pure economic losses, the earlier decision of the House of Lords in

préjudice distinct, le manquement au devoir d'avertir découlant du lien spécial existant entre les parties, et le juge Laskin a exigé l'existence d'une menace de préjudice physique à la personne ou aux biens. Aucun des juges de la Cour ne semble avoir été disposé à aller aussi loin que le lord juge Edmund Davies dans son jugement dissident dans l'arrêt *Spartan Steel*, précité, et à permettre l'indemnisation du préjudice financier comme conséquence directe et raisonnablement prévisible du vice de conception ou de fabrication de la grue. Dans des cas où il n'y a ni délit distinct ni menace de préjudice physique, la clause d'exclusion semble être encore bien en vigueur au Canada.

Les appelants (défendeurs) insistent beaucoup sur trois décisions récentes de la Chambre des lords et du Conseil privé qui confirment de nouveau la règle d'exclusion en *common law* anglaise, mais dont aucune n'a fait droit à une demande d'indemnisation de préjudice purement financier. La première, *Candlewood Navigation Corpn. Ltd. v. Mitsui O.S.K. Lines Ltd.* [*"The Mineral Transporter"*], [1986] A.C. 1 (P.C.), concernait une demande d'indemnisation présentée par un affréteur coque nue pour les frais de réparation d'un navire endommagé dans une collision avec un autre navire, ainsi qu'une demande d'indemnisation présentée par un armateur-affréteur (également propriétaire du navire) pour la perte du loyer d'affrètement et la perte de profits durant le temps où le navire a été désarmé. Dans l'arrêt *Leigh and Silavan Ltd. v. Aliakmon Shipping Co. Ltd.*, [1986] A.C. 785 (H.L.), la demanderesse, un acheteur coût-fret de marchandises transportées à bord d'un navire, a réclamé contre le transporteur l'indemnisation des dommages causés aux marchandises durant le transit, au cours duquel le risque de perte mais non la propriété des marchandises avait été transmis à la demanderesse qui n'était pas partie au contrat de transport. Enfin, l'arrêt *D. & F. Estates Ltd. v. Church Comrs. for England*, [1989] 1 A.C. 177 (H.L.) concernait une demande d'indemnisation présentée par des locataires contre un entrepreneur général pour les frais de réparation de travaux de plâtrage défectueux effectués dans des locaux par un sous-traitant, et une demande distincte d'indemnisation présentée par les occupants des locaux pour la perte de jouissance de leur utilisation et de leur occupation durant les travaux de restauration.

Ainsi qu'il appert de l'arrêt *Candlewood* lui-même (aux pages 24 et 25) où a été refusée l'indemnisation de préjudices purement financiers,

Junior Books Ltd. v. Veitchi Co. Ltd., [1983] A.C. 520 was carefully circumscribed, and the reasoning of the different judges of the High Court of Australia in *Caltex Oil (Australia) Pty. Ltd. v. The Dredge "Willemstad"* (1976), 136 C.L.R. 529 was not found of assistance. The result, according to the appellants (defendants), is that the exclusionary rule survives to this day in the United Kingdom. That much, indeed, seems apparent from the speech of Lord Fraser of Tullybelton, at page 17:

These two cases of *Cattle*, L.R. 10 Q.B. 453, and *Simpson*, 3 App. Cas. 279, have stood for over a hundred years and have frequently been cited with approval in later cases, both in the United Kingdom and elsewhere. They show, in their Lordships' opinion, that the justification for denying a right of action to a person who has suffered economic damage through injury to the property of another is that for reasons of practical policy it is considered to be inexpedient to admit his claim.

And, as his Lordship put it in remarking on *Junior Books* at pages 24-25, "That case may be regarded as having extended the scope of duty somewhat, but any extension was not in the direction of recognising a title to sue in a party who suffered economic loss because his contract with the victim of the wrong was rendered less profitable or unprofitable."

Fundamentally, the concern expressed in these cases is entirely practical, being directed against the opening up of indeterminate liability as well as the need in the law for a reasonable degree of certainty. At the same time, there is variously expressed a strong concern for a fair and just result in particular cases, a concern which is perhaps mirrored in the series of rhetorical questions (recited by my colleague) posed by Wilson J. in *Kamloops, supra*, at pages 28-29. As for the former concern, at the heart of it seems to be a recognition that in our society at any given point of time there are likely to be found numerous and, indeed, complex and even pervasive sets of contractual relations respecting different kinds of economic activity that draw along with them the creation of societal benefits enuring to wide segments of the general population. For the law to impose on a careless wrongdoer liability beyond that attracted by ownership or possession of prop-

la décision rendue précédemment par la Chambre des lords dans l'affaire *Junior Books Ltd. v. Veitchi Co. Ltd.*, [1983] A.C. 520, a été circonscrite avec soin, et le raisonnement suivi par les différents juges de la Haute Cour de l'Australie dans l'arrêt *Caltex Oil (Australia) Pty. Ltd. v. The Dredge «Willemstad»* (1976), 136 C.L.R. 529, n'a pas été considéré comme étant utile. Il en résulte, selon les appelants (défendeurs), que la règle d'exclusion existe encore au Royaume-Uni. En effet, cela semble bien ressortir de l'opinion de lord Fraser of Tullybelton (à la page 17):

[TRADUCTION] Les deux arrêts *Cattle*, L.R. 10 Q.B. 453, et *Simpson*, 3 App. Cas. 279, tiennent depuis plus de cent ans et ont été souvent cités favorablement dans des arrêts subséquents, tant au Royaume-Uni qu'ailleurs. Ils indiquent, de l'avis de leurs Seigneuries, que la raison valable pour refuser un droit d'action à une personne qui a subi un préjudice financier à la suite d'un dommage occasionné aux biens d'une autre personne est que, pour des raisons pratiques, il est considéré inopportun de faire droit à sa demande d'indemnisation.

Et, comme sa Seigneurie l'a fait remarquer au sujet de l'arrêt *Junior Books* aux pages 24 et 25 [TRADUCTION] «Cette affaire peut être considérée comme ayant étendu quelque peu la portée de l'obligation, mais cette extension n'allait pas dans le sens de la reconnaissance du droit de poursuivre pour une personne qui a subi un préjudice financier parce que son contrat avec la victime de la faute était devenu moins avantageux ou plus avantageux du tout.»

Fondamentalement, la préoccupation exprimée dans ces arrêts est purement pratique et concerne le développement d'une responsabilité indéterminée ainsi que la nécessité en droit d'un degré raisonnable de certitude. En même temps, on exprime de façon différente une préoccupation marquée en faveur d'une décision juste et équitable dans les cas particuliers, préoccupation qui se reflète peut-être dans la sévère de questions pour la forme (énumérées par mon collègue) posées par le juge Wilson dans l'arrêt *Kamloops*, précité, aux pages 28 et 29. Quant à la préoccupation précédente, il semble y avoir, au fond de celle-ci, la reconnaissance du fait que, dans notre société, à tout moment donné, il est possible de se trouver en présence de liens contractuels nombreux et même complexes et envahissants relativement à différentes sortes d'activités économiques qui entraînent la création d'avantages sociaux s'appliquant à de larges segments de la population en général. En

erty that is physically damaged by negligence, including pure economic loss consequential thereon, would be to expand the ambit of liability in a way that might seriously overburden generators of such activity and correspondingly undermine the range of those benefits available to the community at large. Better that this sort of loss be left to be insured against or allocated in some other way under the terms of the contractual engagement, rather than placed exclusively upon the shoulders of a single wrongdoer. This, I conceive, may well have been the concern of Estey J. in *B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 S.C.R. 228, at page 243 where he stated:

No doubt the courts of this country will continue to search for reasonable and workable limits to the liability of a negligent supplier of manufactured products or services, to the liability of a negligent contractor for contractual undertakings owed to others, and to the liability of persons who negligently make misrepresentations. In this search courts will be vigilant to protect the community from damages suffered by a breach of the "neighbourhood" duty. At the same time, however, the realities of modern life must be reflected by the enunciation of a defined limit on liability capable of practical application, so that social and commercial life can go on unimpeded by a burden outweighing the benefit to the community of the neighbourhood historic principle.

That a loss to be recoverable must at all events be foreseeable is I think well settled, but the existence of a duty of care and, therefore, of *prima facie* liability for a loss now depends on much more than mere foreseeability.² I am satisfied that the loss was foreseeable. There must also be a sufficient proximity or neighbourhood between a wrongdoer and a plaintiff such as gives rise to a duty of care owed by the former to the latter. I do not intend to canvass the origins and application of the "neighbourhood" principle, for to do so would be to go over once again territory already covered by my colleague, and shall content myself with a few remarks on the two propositions laid down by Lord Wilberforce in *Anns v. Merton London Bor-*

² Thus, in *Hill v. Chief Constable of West Yorkshire*, [1989] A.C. 53 (H.L.), Lord Keith of Kinkel said, at p. 60:

(Continued on next page)

droit, faire supporter à l'auteur négligent d'une faute une responsabilité qui va au-delà de celle engendrée par la propriété ou la possession d'un bien qui subit par négligence un préjudice physique, y compris un préjudice purement financier consécutif à celui-ci, consisterait à étendre le champ d'application de la responsabilité d'une manière qui pourrait gravement surcharger les générateurs de ces activités et amoindrir par conséquent la gamme de ces avantages qui existent pour la société dans son ensemble. Il est préférable que ce genre de préjudice puisse faire l'objet d'une assurance ou d'une indemnisation d'une autre façon aux termes des engagements contractuels, plutôt que de reposer exclusivement sur les épaules du simple auteur de la faute. C'est peut-être bien la préoccupation qu'a voulu exprimer le juge Estey dans l'arrêt *B.D.C. Ltd. c. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 R.C.S. 228, à la page 243, où il a déclaré:

Les tribunaux de notre pays continueront indubitablement de chercher des limites raisonnables et pratiques à la responsabilité d'un fournisseur négligent de produits manufacturés ou de services, à la responsabilité d'un entrepreneur négligent à l'égard d'engagements contractuels envers d'autres personnes, et à la responsabilité de personnes qui font de fausses déclarations par négligence. Dans cette recherche, les tribunaux veilleront à protéger la collectivité contre les dommages subis par suite d'une violation de l'obligation de «lien étroit». Mais en même temps, l'énoncé d'une limite précise de responsabilité, qui soit susceptible d'application pratique, doit refléter les réalités de la vie moderne, de sorte que les activités sociales et commerciales puissent se poursuivre sans être gênées par un fardeau qui importe plus que l'avantage que représente pour la collectivité le principe historique du lien étroit.

Il est bien établi, je crois, que, pour être indemnisable, le préjudice doit de toute façon être prévisible, mais l'existence d'un devoir de prudence et, par conséquent, d'une responsabilité *prima facie* à l'égard d'un préjudice dépend maintenant beaucoup plus que de la simple prévisibilité². Je suis convaincu que le préjudice était prévisible. Il doit également y avoir un lien suffisamment étroit entre l'auteur de la faute et le demandeur pour donner naissance à un devoir de prudence qui incombe à celui-là envers celui-ci. Je n'ai pas l'intention de passer en revue les origines et l'application du principe du «lien étroit», car ce serait parcourir encore une fois un terrain déjà arpenté par mon collègue, et je me contenterai de quelques

² Ainsi, dans l'arrêt *Hill v. Chief Constable of West Yorkshire*, [1989] A.C. 53 (H.L.), lord Keith of Kinkel a dit, à la p. 60:

(Suite à la page suivante)

ough Council, [1978] A.C. 728 (H.L.) for determining liability in negligence in the light of recent developments. His first proposition requires that, for determining the existence of a *prima facie* duty of care, a court must ask itself whether [at page 751] “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”. Secondly, if the answer to this question be “yes”, a court must then consider [at page 752] “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 damages to which a breach of it may give rise”. This formulation was, indeed, applied by the Supreme Court in *B.D.C. Ltd.*, *supra*, and *Kamloops, supra*.

Nowadays, in the United Kingdom, there seems to be a developing tendency to view the *Anns* formulation somewhat more narrowly than may have been the case heretofore. In *Candlewood*, for example, Lord Fraser of Tullybelton, at page 21, drew attention to “the warning given by Lord Keith of Kinkle in *Governors of the Peabody Donation Fund v. Sir Lindsay Parkinson & Co.* g

(Continued from previous page)

It has been said almost too frequently to require repetition that foreseeability of likely harm is not in itself a sufficient test of liability in negligence. Some further ingredient is invariably needed to establish the requisite proximity of relationship between plaintiff and defendant, and all the circumstances of the case must be carefully considered and analysed in order to ascertain whether such an ingredient is present. The nature of the ingredient will be found to vary in a number of different categories of decided cases.

And in *Yeun Kun Yeu v. Attorney-General of Hong Kong*, [1988] A.C. 175 (P.C.), per Lord Keith of Kinkle, at p. 192:

Foreseeability of harm is a necessary ingredient of such a relationship, but it is not the only one. Otherwise there would be liability in negligence on the part of one who sees another about to walk over a cliff with his head in the air, and forebears to shout a warning.

remarques au sujet des deux propositions énoncées par lord Wilberforce dans l'arrêt *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.) pour déterminer la responsabilité en cas de négligence à la lumière des récents développements. Sa première proposition exige que, pour établir l'existence d'un devoir *prima facie* de prudence, le tribunal se demande [TRADUCTION] [à la page 751] «s'il existe entre l'auteur présumé de la faute b et la personne qui a subi le préjudice, un lien suffisamment étroit pour que l'imprudence de la part de l'auteur de la faute puisse raisonnablement être perçue par celui-ci comme étant susceptible de causer un préjudice à l'autre personne». Si la c réponse à cette question est «oui», le tribunal doit alors se demander [TRADUCTION] [à la page 752] «s'il existe des considérations qui pourraient restreindre ou limiter la portée de cette obligation, la catégorie de personnes à qui cette obligation bénéficie d ou les dommages qui peuvent être causés par l'inexécution de cette obligation, ou faire conclure à l'inexistence de l'obligation, de la catégorie de personnes ou de l'obligation de dédommager». Cette formulation a en effet été appliquée par la e Cour suprême dans les arrêts *B.D.C. Ltd.*, précité, et *Kamloops*, précité.

Actuellement, au Royaume-Uni, il semble y avoir une tendance grandissante de considérer la formulation figurant dans l'arrêt *Anns* comme étant quelque peu plus stricte que cela peut avoir été le cas jusqu'ici. Dans l'arrêt *Candlewood*, par exemple, lord Fraser of Tullybelton a, à la page 21, attiré l'attention sur [TRADUCTION] «l'avertissement donné par lord Keith of Kinkle dans l'arrêt

(Suite de la page précédente)

[TRADUCTION] On a dit trop souvent pour qu'il soit nécessaire de le répéter que la prévisibilité d'un préjudice probable n'est pas en soi un critère suffisant de responsabilité en cas de négligence. Il faut invariablement un autre élément pour établir le degré d'étroitesse du lien entre le demandeur et le défendeur, mais toutes les circonstances de l'affaire doivent être examinées et analysées soigneusement afin de s'assurer de la présence d'un tel élément. On constatera que la nature de cet élément varie dans un certain nombre de catégories différentes d'affaires tranchées.

Et dans l'arrêt *Yeun Kun Yeu v. Attorney-General of Hong Kong*, [1988] A.C. 175 (P.C.), lord Keith of Kindel a déclaré, à la p. 192:

[TRADUCTION] La prévisibilité du préjudice est un élément nécessaire d'un tel lien, mais ce n'est pas le seul. Autrement, il y aurait responsabilité par négligence de la part de la personne qui en voit une autre sur le point de franchir un escarpement sans s'en rendre compte et qui ne lui crie pas de faire attention.

Ltd., [1985] A.C. 210, at page 240 of the need to resist the temptation to treat these passages from Lord Wilberforce's speech as being of a definitive character", and added that they are "in any event not directly applicable to the facts of the instant appeal, because none of the trilogy of cases referred to by Lord Wilberforce was dealing with claims against a wrongdoer by a person who was not the victim of his negligence but by a third party whose only relation to the victim was contractual". What I am able to discern from these and other recent English cases³ is that, fundamentally, the existence of a duty of care is to be determined on the exclusive application of the first of these two propositions, the second being confined to any matter of policy for denying recovery notwithstanding that a duty of care has been found to exist.

While numerous cases have come before the courts in which claims for pure economic loss have been allowed or rejected, it would seem that a proper understanding of the problem facing us may require an appreciation of what the decided cases actually stand for, particularly those where recovery was allowed. I have already mentioned the two English cases on which the exclusionary rule is founded, and also the first two of the three most recent decisions of the House of Lords and the Privy Council upholding the rule. All four of these fall into the same general category, i.e. pure economic loss arising from an interference with a subsisting contractual relationship between a plaintiff and the owner or possessor of property injured by a defendant wrongdoer. So too does the Australian case of *Caltex*, *supra*, allowing recovery of such a loss. In other cases, falling into entirely separate categories, pure economic loss was also allowed: e.g. *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465 (H.L.); and *Haig v. Bamford et al.*, [1977] 1 S.C.R. 466 (reliance on negligent misstatement); *Rivtow*, *supra* (manufacturer's failure to warn); *Kamloops*, *supra* (municipal authority's neglect of

³ See e.g. *Yeun Kun Yeu v. Attorney-General of Hong Kong*, *supra*, footnote 2, *per* Lord Keith of Kinkel, at pp. 190-192.

Governors of the Peabody Donation Fund v. Sir Lindsay Parkinson & Co. Ltd., [1985] A.C. 210, à la page 240, au sujet de la nécessité de résister à la tentation de traiter ces passages tirés de l'opinion de lord Wilberforce comme ayant un caractère définitif», et il a ajouté que, [TRADUCTION] «de toute façon, ils ne s'appliquent pas directement aux faits du présent appel, parce qu'aucun des trois arrêts mentionnés par lord Wilberforce ne concernait des demandes d'indemnisation présentées contre l'auteur de la faute par une personne qui n'était pas la victime de sa négligence mais par un tiers dont le seul lien qu'il entretenait avec la victime était contractuel». Ce que je puis discerner de ces arrêts et d'autres arrêts anglais³, c'est que, fondamentalement, l'existence d'un devoir de prudence doit être déterminée en fonction de l'application exclusive de la première de ces deux propositions, la seconde étant confinée à toute question de principe pour refuser l'indemnisation malgré qu'on ait conclu à l'existence d'un devoir de prudence.

Bien que les tribunaux aient été saisis de nombreuses affaires dans lesquelles des demandes d'indemnisation pour préjudice purement financier ont été accueillies ou rejetées, il semblerait que, pour bien comprendre le problème auquel nous faisons face, il faille peut-être évaluer ce que les affaires tranchées signifient vraiment, tout particulièrement celles dans lesquelles l'indemnisation a été accordée. J'ai déjà mentionné les deux décisions anglaises sur lesquelles est fondée la règle d'exclusion, et également les deux premiers des trois arrêts les plus récents de la Chambre des lords et du Conseil privé confirmant la règle. Tous les quatre tombent dans la même catégorie générale, c'est-à-dire le préjudice purement financier découlant d'un empiètement sur des liens contractuels subsistant entre un demandeur et le propriétaire ou le possesseur de biens endommagés par un défendeur qui était l'auteur de la faute. Il en est ainsi de l'arrêt australien *Caltex*, précité, qui permettait l'indemnisation d'un tel préjudice. Dans d'autres arrêts, qui tombent dans des catégories tout à fait différentes, la demande d'indemnisation pour préjudice purement financier a été accueillie: par ex. *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller &*

³ Voir par ex. *Yeun Kun Yeu v. Attorney-General of Hong Kong*, précité, note n° 2, motifs de lord Keith of Kinkel, aux p. 190 à 192.

statutory duty); and *Ross v. Caunters*, [1980] Ch. 297 (solicitor's liability).

Having said this, as seems particularly apparent from the first of the three recent English cases (*Candlewood, supra*) and restated in the second (*Aliakmon, supra*), in the United Kingdom at least a claim for pure economic loss arising from interference with contractual rights is not recoverable. Although, as I have pointed out, the authorities in this country have expressed concern with respect to the problem of indeterminate liability in cases of pure economic loss, no binding authority has as yet gone the length of the House of Lords. Rather, on the basis of the decided cases here, it would seem that the important inquiry is whether a relationship of proximity existed between the appellants (defendants) and the respondent (plaintiff) such as gave rise to a duty of care owed by the former to the latter. This approach was accepted by Blackburn J. in *Cattle* itself where, in quoting the words of Coleridge J. in *Lumley v. Gye* (1853), 2 El. & Bl. 216 (Q.B.), he observed that the courts have imposed on themselves "redressing only the proximate and direct consequences of wrongful acts". Ritchie J. limited his criticism of this test in *Rivtow, supra*, when he stated at pages 1211-1212:

Mr. Justice Blackburn's thinking in this instance appears to me to be controlled by the then current notions as to proximity and remoteness of damage and I think that his approach requires reassessment in light of the judgment in *M'Alister (Donoghue) v. Stevenson* . . .

It was the approach taken by Estey J. in *Hofstrand, supra*, in rejecting a claim for pure economic loss.

We are not here concerned with the liability of all users of the railway bridge as was the case in *Gypsum Carrier Inc. v. The Queen*, [1978] 1 F.C. 147 (T.D.), but only with the use being made of it

Partners Ltd., [1964] A.C. 465 (H.L.); et *Haig c. Bamford et autres*, [1977] 1 R.C.S. 466 (confiance en des renseignements inexacts fournis par négligence); *Rivtow*, précité (omission d'avertir par le manufacturier); *Kamloops*, précité (négligence par des autorités municipales relativement à une obligation prévue par la loi); et *Ross v. Caunters*, [1980] Ch. 297 (responsabilité de l'avocat).

Cela dit, ainsi qu'il semble particulièrement ressortir du premier des trois arrêts anglais récents (*Candlewood*, précité) et être déclaré de nouveau dans le deuxième (*Aliakmon*, précité), au Royaume-Uni du moins, il ne peut y avoir indemnisation d'un préjudice purement financier découlant d'une entrave à des droits contractuels. Bien que, comme je l'ai signalé, dans la jurisprudence de notre pays on ait exprimé des préoccupations en ce qui concerne le problème de la responsabilité indéterminée dans les cas de préjudice purement financier, aucune décision exécutoire ne s'est encore rendue aussi loin que la Chambre des lords. Plus exactement, d'après les affaires jugées ici, il semblerait que la question importante est celle de savoir s'il existait un lien étroit entre les appelants (défendeurs) et l'intimée (demanderesse) qui donnait lieu à un devoir de prudence qui incombait à ceux-là envers celle-ci. Le juge Blackburn a accepté cette conception dans l'arrêt *Cattle* même dans lequel, en citant les mots du juge Coleridge dans l'arrêt *Lumley v. Gye* (1853), 2 El. & Bl. 216 (Q.B.), il a fait remarquer que les tribunaux s'étaient imposé [TRADUCTION] «de réparer seulement les conséquences directes et immédiates des actes délictueux». Le juge Ritchie a limité sa critique de ce critère dans l'arrêt *Rivtow*, précité, quand il a déclaré, aux pages 1211 et 1212:

Le raisonnement de M. le Juge Blackburn dans cette dernière affaire me semble dicté par les conceptions de l'époque sur le caractère prochain ou éloigné du dommage et je crois que sa façon d'aborder requiert une nouvelle appréciation à la lumière du jugement rendu dans l'affaire *M'Alister (Donoghue) v. Stevenson* . . .

C'est l'approche adoptée par le juge Estey dans l'arrêt *Hofstrand*, précité, pour rejeter une demande d'indemnisation pour préjudice purement financier.

Nous ne nous intéressons pas ici à la responsabilité de tous les utilisateurs du pont de chemin de fer comme c'était le cas dans l'arrêt *Gypsum Carrier Inc. c. La Reine*, [1978] 1 C.F. 147 (1^{re}

by the respondent (plaintiff) at the time of the collision. In any case, the evidence before us suggests that the agreements with the railway companies for use of the bridge were not, as was found to be so in that case (at page 152) “substantially the same in meaning and effect” for, as my colleague Mr. Justice MacGuigan points out, the agreement to which the respondent (plaintiff) was a party contained a feature which was not present in the other user agreements. Furthermore, and not without some significance, the respondent (plaintiff) was found at trial to have provided the bridge owner without charge consultative services of a full-time engineer.

In his submissions, Mr. Lowry challenged both reliance on the Trial Judge’s factual conclusions [(1989), 49 C.C.L.T. 1; 26 F.T.R. 81, at page 28 C.C.L.T.] that:

1. The probability of the Cdn. National Railway as a distinct legal person as opposed to it being merely a member of a group, suffering the loss which it claims, was not only foreseeable but was actually known to the defendants.

2. The precise nature of the economic loss was also not only foreseeable but was actually known.

3. The damage has been caused and is by no means indefinite either as to quantum or as to time.

4. There exists a sufficient proximity or close relationship between the loss claimed and the tortious act.

5. The property of the Cdn. National Railway is not only in close proximity to the bridge but the latter constitutes an essential link between the Cdn. National Railway tracks on each side of the river, without which that property cannot be properly enjoyed by the claimant.

as well as the validity of the elements he considered important in finding liability for pure economic loss, (at pages 28-29 C.C.L.T.):

1. Knowledge of the claimant as a specific individual or identity who is likely to suffer the damage as opposed to knowledge of a general or unascertained class of people.

2. Not only must it be established that loss was probably foreseeable but the precise nature of the loss should have been foreseeable.

3. There must be a sufficient degree of proximity between the act committed by the tortfeasor and the injury complained of, that an ordinary right-thinking person would feel that the tortfeasor is morally bound to compensate the victim (*Caltex Oil Australian Property Ltd. v. the Dredge Willemstad*). This has also been expressed in terms of sufficient proximity of the property to lead to a duty of care to the claimant.

inst.), mais seulement à l’utilisation qui en était faite par l’intimée (demanderesse) à l’époque de la collision. En tout cas, la preuve présentée devant nous laisse entendre que les contrats conclus avec les compagnies ferroviaires pour l’utilisation du pont n’avaient pas, comme on l’a jugé dans cette affaire-là (à la page 152) «sensiblement les mêmes signification et effet» car, comme le souligne mon collègue le juge MacGuigan, le contrat auquel l’intimée (demanderesse) était partie contenait une clause qui ne figurait pas dans les autres contrats. De plus, et non sans quelque importance, on a constaté au procès que l’intimée (demanderesse) avait fourni sans frais au propriétaire du pont les services consultatifs d’un ingénieur à plein temps.

Dans ses observations, M^e Lowry a contesté à la fois le bien-fondé des conclusions du juge de première instance [(1989), 49 C.C.L.T. 1; 26 F.T.R. 81, quant aux faits à la page 28 C.C.L.T.]:

1. Non seulement les défendeurs pouvaient-ils prévoir que le CN, comme entité juridique distincte plutôt que comme membre d’une catégorie, ait vraisemblablement subi la perte à l’égard de laquelle il veut être indemnisé, mais ils le savaient effectivement.

2. La nature précise de la perte financière était non seulement prévisible, elle était effectivement connue.

3. Les dommages ont été causés et ni le montant ni le moment ne sont indéterminés.

4. Il existe un lien suffisamment étroit entre la perte alléguée et le délit.

5. Non seulement la propriété du CN est-elle située à proximité du pont, mais celui-ci constitue un lien essentiel entre les voies de la société ferroviaire situées de chaque côté du fleuve, lien sans lequel ce dernier ne peut vraiment jouir de sa propriété.

et la validité des éléments qu’il considérait importants pour conclure à la responsabilité pour préjudice purement financier (aux pages 28 et 29 C.C.L.T.):

1. La connaissance de l’auteur de la réclamation comme personne ou entité déterminée qui est susceptible de subir les dommages par opposition à la connaissance d’une catégorie de personnes générale ou indéterminée.

2. La preuve non seulement du fait que la perte était probablement prévisible, mais du fait que la nature précise de cette perte aurait dû l’être.

3. L’existence d’un lien suffisamment étroit entre l’acte commis par l’auteur du délit et les dommages reprochés, de sorte que l’homme de la rue sensé estimerait que le coupable est moralement tenu de dédommager la victime (*Caltex Oil Australian Property Ltd. v. the Dredge Willemstad*) ou, en d’autres mots, la preuve d’un lien suffisamment étroit avec le bien concerné pour donner lieu à un devoir de prudence envers l’auteur de la réclamation.

In my judgment, taken collectively, if not, perhaps, individually,⁴ these elements demonstrate that sufficient proximity giving rise to a duty of care owed by the appellants (defendants) to the respondent (plaintiff) existed; the case is a compelling one for recovery of the loss claimed. In the exceptional circumstances of this case, I can find no reason in policy for negating this duty or for denying recovery of the loss. In so saying I wish once more to emphasize that the issue before us is solely concerned with liability for pure economic loss suffered by the respondent (plaintiff) and not at all with claims of the same nature advanced by other users of the bridge.

Finally, as the decided cases also show, the challenge of formulating a principle of general application for cases of this kind having a "defined limit on liability capable of practical application"⁵ has proven to be both elusive and daunting, and it is not at all easy to see the future shape such a formulation might take or even, indeed, that one will soon emerge. Nonetheless, I am minded of the optimism expressed by Sir Robert Megarry V.-C. in *Ross v. Caunters*, *supra*, at page 321:

I am content—indeed, happy—to leave it to other courts in other cases on other facts to evolve the test or tests that have to be applied. In some cases there may be not much more than the "feel" of the case to point to the answer. But enough decisions in enough cases must sooner or later make possible the induc-

⁴ In *Caltex*, *supra*, there is found some support for the notion that knowledge by a wrongdoer of a claimant as a specific individual as a suitable test of proximity and therefore of duty (see the judgments of Gibbs J., at p. 555 and of Mason J., at p. 593), but this was rejected in *Candlewood*, *supra*, at p. 24 as lacking in logic. Here in Canada, Dickson J. (as he then was) at p. 476 of *Haig v. Bamford*, *supra*, considered such a test "too narrow", while Wilson J. at p. 31 of *City of Kamloops*, *supra*, expressed some scepticism as to its adequacy, saying that while such a test "may make the class determinate . . . it gives no guarantee that it will be small". As I see it, a problem with this test, taken by itself, is that it could unduly limit liability where there are no rational grounds for so doing, or expand it considerably for knowledgeable defendants but not otherwise.

⁵ *B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.*, *supra*, per Estey J., at p. 243.

À mon avis, pris collectivement, sinon, peut-être, individuellement⁴, ces éléments montrent qu'il existait un lien suffisamment étroit qui donnait lieu à un devoir de prudence incombant aux appelants (défendeurs) envers l'intimée (demanderesse); il s'agit d'une affaire concluante pour l'indemnisation du préjudice réclamé. Dans les circonstances exceptionnelles de l'espèce, je ne puis trouver aucune raison de principe pour refuser ce devoir ou pour refuser l'indemnisation du préjudice. Sur ces mots, je voudrais encore une fois souligner que la question dont nous sommes saisis concerne seulement la responsabilité quant au préjudice purement financier subi par l'intimée (demanderesse) et pas du tout les demandes d'indemnisation de la même nature présentées par les autres utilisateurs du pont.

Enfin, comme les affaires jugées le montrent également, le défi de formuler un principe d'application générale pour les cas de ce genre qui ont «une limite précise de responsabilité, qui soit susceptible d'application pratique»⁵, s'est avéré à la fois ambigu et décourageant, et il n'est pas du tout facile de concevoir la forme éventuelle qu'une telle formulation pourrait prendre ou même, en effet, qu'il en émergera une bientôt. Néanmoins, je partage l'optimisme exprimé par sir Robert Megarry dans l'arrêt *Ross v. Caunters*, précité, à la page 321:

[TRADUCTION] Je suis content—et même heureux—de laisser à d'autres tribunaux dans d'autres affaires portant sur d'autres faits le soin d'élaborer le ou les critères qui doivent être appliqués. Dans certaines affaires, il peut bien ne pas y avoir beaucoup plus que l'impression générale de l'affaire pour

⁴ Dans l'arrêt *Caltex*, précité, on trouve un certain support pour la notion de la connaissance par l'auteur du délit de l'auteur de la réclamation comme personne comme un critère valable de proximité et donc de devoir (voir les jugements du juge Gibbs, à la p. 555, et du juge Mason, à la p. 593), mais cela a été rejeté dans l'arrêt *Candlewood*, précité, à la p. 24, comme manquant de logique. Ici au Canada, le juge Dickson (tel était alors son titre) à la p. 476 de l'arrêt *Haig c. Bamford*, précité, a considéré un tel critère comme «trop strict», tandis que le juge Wilson, à la p. 31 de l'arrêt *Ville de Kamloops*, précité, a exprimé un certain scepticisme quant à son bien-fondé, en disant que, bien qu'un tel critère «[puisse] rendre déterminée la catégorie de personnes . . . [il] ne garantit pas qu'elle sera limitée». Selon ma perception des choses, le problème qui se pose avec ce critère, pris individuellement, est qu'il pourrait limiter indûment la responsabilité lorsqu'il n'y a pas de motifs raisonnables de le faire, ou l'étendre considérablement pour des défendeurs bien informés mais pas autrement.

⁵ *B.D.C. Ltd. c. Hofstrand Farms Ltd.*, précité, le juge Estey, à la p. 243.

tive process of laying down a test or tests by which all may be guided.

I would dismiss this appeal with costs.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MACGUIGAN J.A.: This is an appeal by the owner and master of the tug *Jervis Crown* from a judgment of Addy J. [(1989), 49 C.C.L.T. 1; 26 F.T.R. 81] awarding the plaintiff/respondent Canadian National Railway Company ("CNR") damages in tort for economic loss arising from a collision between a log barge in tow of the tug and a bridge owned by Public Works Canada ("PWC") and used by CNR to cross the Fraser River at New Westminster, British Columbia.

PWC had no insurance on the bridge, and there were no grants in lieu of taxes paid on it.

Negligence as to the collision with the bridge was admitted, and, there being no claims for freight revenue lost but solely for additional costs of operation, CNR and two other railways were awarded the costs incurred in rerouting their trains upriver across a Canadian Pacific Limited bridge and tracks en route to and from Vancouver.

The courts have often contrasted direct injury to property with what is frequently called pure economic loss, which was defined by Estey J. in *Attorney General for Ontario v. Fatehi*, [1984] 2 S.C.R. 536, at page 542, as follows:

By "pure economic loss" the courts have usually been taken to refer to a diminution of worth incurred without any physical injury to any asset of the plaintiff.

Professor Bruce Feldthusen, "Pure Economic Loss Consequent Upon Physical Damage to a Third Party" (1977), 16 *U.W.O.L. Rev.* 1 at page 4, distinguishes pure economic loss from consequential economic loss as follows:

indiquer la réponse. Mais suffisamment de décisions dans suffisamment d'affaires vont tôt ou tard rendre possible le processus inductif d'énonciation d'un ou de critères qui pourront servir de guides dans tous les cas.

a Je rejetterais le présent appel avec dépens.

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

LE JUGE MACGUIGAN, J.C.A.: Il s'agit d'un appel formé par le propriétaire et capitaine du remorqueur *Jervis Crown* contre un jugement dans lequel le juge Addy [(1989), 49 C.C.L.T. 1; 26 F.T.R. 81] a accordé à la demanderesse/intimée, la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada (le «CN»), des dommages-intérêts délictuels pour le préjudice financier résultant d'une collision entre un chaland de billes, qui était tiré par le remorqueur, et un pont appartenant à Travaux publics Canada («TPC») et utilisé par le CN pour traverser le fleuve Fraser à New Westminster (Colombie-Britannique).

TPC ne possédait aucune assurance pour le pont, et il n'y a eu aucune allocation en remplacement des droits payés sur celui-ci.

Il a été admis qu'il y avait eu négligence en ce qui concerne la collision avec le pont et, comme aucune réclamation n'a été présentée pour perte de revenus de fret mais seulement pour des frais supplémentaires d'exploitation, le CN et deux autres compagnies ferroviaires se sont vu indemniser des frais engagés pour dérouter leurs trains et leur faire emprunter en amont un pont et des rails de la société Canadien Pacifique Limitée en direction et en provenance de Vancouver.

Les tribunaux ont souvent mis les dommages matériels directs en contraste avec ce qu'on appelle fréquemment le préjudice purement financier, que le juge Estey a défini ainsi dans l'arrêt *Procureur général de l'Ontario c. Fatehi*, [1984] 2 R.C.S. 536, à la page 542:

Par «préjudice purement financier», les tribunaux entendent habituellement une diminution de la valeur de tout bien du demandeur sans qu'il ait subi de dommages matériels.

Dans un article intitulé «Pure Economic Loss Consequent Upon Physical Damage to a Third Party» (1977), 16 *U.W.O.L. Rev.* 1, à la page 4, le professeur Bruce Feldthusen établit la distinction suivante entre le préjudice purement financier et le préjudice financier indirect:

Consequential economic loss is a financial loss which by definition is always claimed by the *same* party who has suffered physical damage. It is a loss one suffers *because* one has suffered physical damage. . . . Pure economic loss is a financial loss which is not consequent upon injury to the plaintiff's *own* person or property.

Professor P. S. Atiyah, "Negligence and Economic Loss" (1967), 83 *L.Q. Rev.* 248, at page 265, has referred to damages which can be recovered for pecuniary loss as "parasitic on some physical damage done to the plaintiff himself".

There has been what Professor John G. Fleming, *The Law of Torts*, 7th ed. at page 162, has called "ingrained opposition" to recovery for pure economic loss on the ground that (at page 163) "the burden of compensating anyone besides the primary casualty is feared to be unduly oppressive because most accidents are bound to entail repercussions, great or small, upon all with whom he had family, business or other valuable relations." In the words of Professor Feldthusen (at page 26):

The major difficulty with pure economic loss . . . is that for each occurrence of physical damage, a potentially large or indefinite class may experience foreseeable economic loss. In those circumstances the plaintiff may be the cheapest cost-avoider, and the costs of shifting the loss to the tortfeasor will increase as the pool of potential plaintiffs is expanded.

The sole question on this appeal is whether the Trial Judge was correct in holding that the appellants could be held liable in negligence for such pure economic loss in the absence of any physical damage to CNR's property.

I

The New Westminster Railway Bridge, which spans the Fraser River between Surrey and New Westminster, was built in 1904 and is owned, operated and maintained by Her Majesty the Queen in right of Canada, represented by the Minister of Public Works. It carries a single railway track. Its sole purpose is to service railway traffic, both passenger and freight, but it incorpo-

[TRADUCTION] Le préjudice financier indirect est un préjudice financier qui, par définition, est toujours réclamé par la partie *même* qui a subi des dommages matériels. C'est un préjudice qu'on subit *parce qu'on* a subi des dommages matériels . . . Le préjudice purement financier est un préjudice financier qui ne résulte pas d'un préjudice causé à la personne *même* du demandeur ou à ses propres biens.

Dans «Negligence and Economic Loss» (1967), 83 *L.Q. Rev.* 248, à la page 265, le professeur P. S. Atiyah a parlé des dommages-intérêts recouvrables en raison d'un préjudice financier comme étant [TRADUCTION] «parasitaires d'un préjudice physique infligé au demandeur lui-même».

Il y a eu ce que le professeur John G. Fleming a appelé, dans son ouvrage *The Law of Torts*, 7^e éd., à la page 162, [TRADUCTION] «l'opposition tenace» à l'indemnisation du préjudice purement financier pour le motif que (à la page 163) [TRADUCTION] «l'on craint que l'obligation d'indemniser toute autre personne que la victime principale soit indûment accablante parce que la plupart des accidents vont sûrement entraîner des répercussions, plus ou moins importantes, pour tous ceux avec qui elle avait des liens de parenté, des relations d'affaires ou d'autres rapports importants». Selon les mots mêmes du professeur Feldthusen (à la page 26):

[TRADUCTION] Le principal problème avec le préjudice purement financier . . . c'est que, chaque fois que survient un dommage matériel, celui-ci peut causer un préjudice financier à un nombre indéterminé ou virtuellement élevé de personnes. Dans ces cas-là, le demandeur est peut-être celui qui se soustrait aux frais les moins élevés, et les frais occasionnés par le rejet de la responsabilité quant au préjudice sur l'auteur de l'acte délictueux augmenteront en fonction de l'accroissement du groupe de demandeurs possibles.

La seule question qui se pose dans le présent appel est de savoir si le juge de première instance a eu raison de statuer que les appelants pouvaient être tenus responsables, par négligence, d'un tel préjudice purement financier en l'absence de tout dommage matériel occasionné aux biens du CN.

I

Le pont de chemin de fer de New Westminster, qui enjambe le fleuve Fraser entre Surrey et New Westminster, a été construit en 1904 et est possédé, exploité et entretenu par Sa Majesté la Reine du chef du Canada, représentée par le ministre des Travaux publics. Il a une voie ferrée simple. Il sert uniquement au trafic ferroviaire, c.-à-d. au transport tant des passagers que du fret, mais il com-

rates a swing span to permit marine traffic to navigate the waterway.

The commercial marine traffic transiting the Fraser River through the swing span is substantial. On November 28, 1987, while being towed downstream by the tug in heavy fog, the barge collided with the bridge, causing extensive damage to it, which necessitated its closure for several weeks while repairs were made. The appellants admitted liability for negligence as to the collision itself.

During the down-time for the bridge the railways had to reroute traffic over another bridge farther upstream. Freight was either delayed or not transported at all. The use of the waterway was also interfered with, and cargo was delayed and/or transported by land.

Four railways were, by contract with PWC, licensed to use the bridge. All of the operating costs of the bridge are recovered from the four railways, with PWC making neither profit nor loss from its operation.

Of the four railways CNR was the principal user, accounting for 85-86% of the railway cars using the bridge in 1988. On the average it sent across 32 trains with 1,530 cars a day. CNR therefore bore the principal burden of the consequential losses resulting from the accident.

The smallest railway user, Canadian Pacific Limited did not participate in the litigation. Before trial there was an agreement that the entitlement of the other two railways, the Burlington Northern Railway and the B.C. Power and Hydro Authority Railway, to recovery for pure economic loss would stand or fall on the result of the CNR's claim. It is therefore only the CNR claim which is directly in issue on this appeal. There is, nevertheless, an extra clause in the CNR's licence agreement with PWC which is not found in the other such agree-

prend une travée tournante pour permettre au trafic maritime d'utiliser la voie navigable.

Le trafic maritime commercial qui se fait sur le fleuve Fraser par la travée tournante est important. Le 28 novembre 1987, tandis qu'il était remorqué en descendant le courant par gros brouillard, le chaland est entré en collision avec le pont et lui a causé de graves dommages qui ont nécessité sa fermeture pendant plusieurs semaines, le temps d'effectuer les réparations. Les appelants ont admis leur négligence en ce qui concerne la collision elle-même.

Pendant que le pont était inutilisable, les compagnies ferroviaires devaient dérouter le trafic en le faisant passer par un autre pont situé plus en amont. Le transport des marchandises a été reporté ou ne s'est pas fait du tout par ce moyen. Cette situation entravait également l'utilisation de la voie navigable, et le transport des marchandises a été reporté ou s'est fait par terre.

Quatre compagnies ferroviaires étaient autorisées à utiliser le pont aux termes d'un contrat conclu avec TPC. Tous les frais d'exploitation du pont étaient recouvrés auprès des quatre compagnies ferroviaires, et TPC ne réalisant pas de profits ni ne subissait de pertes par suite de son exploitation du pont.

De ces quatre compagnies ferroviaires, c'était le CN qui était le principal utilisateur du pont, car ses wagons de chemin de fer comptaient pour 85 à 86 % de ceux qui ont emprunté le pont en 1988. Il faisait traverser en moyenne par jour 32 convois totalisant 1 530 wagons. Le CN subissait donc en grande partie les préjudices indirects résultant de l'accident.

Le plus petit utilisateur de la voie ferrée, la société Canadien Pacifique Limitée, ne s'est pas porté partie au litige. Avant le procès est intervenue une entente selon laquelle le droit des deux autres compagnies ferroviaires, la Burlington Northern Railway et la B.C. Power and Hydro Authority Railway, d'obtenir des dommages-intérêts pour le préjudice purement financier dépendrait de la décision rendue relativement à la demande d'indemnisation du CN. C'est donc seulement la réclamation du CN qui est directement en cause dans le présent appel. Il existe néanmoins dans le contrat de licence intervenu entre le CN et TPC une

ments. This provision, clause 10, is as follows (Appeal Book at pages 158-159):

The Railway agrees that it will:

(a) in the case of emergency, (as determined by Canada), and upon request of Canada, proceed to make such repairs, changes, or alterations to the Bridge, or maintenance thereof, including without limiting the generality of the foregoing, the approaches thereto, the wooden trestles, steel superstructures, (including the swing span) thereof and the signal system thereof, (including the interlocking plant therefor), as are absolutely necessary, in the opinion of Canada, for the safe and proper operation of the Bridge, (including all approaches thereto), and that Canada shall reimburse the Railway the reasonable cost of making such repairs, changes, alterations, or maintenance in accordance with accounts rendered therefor from time to time to Canada by the Railway; PROVIDED HOWEVER, that no such repairs, changes, alterations or maintenance shall be made or carried out until Canada approves a Memorandum of Understanding to this agreement, setting out the nature of the repairs, changes, alterations or maintenance required to be done, the details of the work to be performed in relation thereto, and the basis of payment therefor; and

(b) upon the written request of Canada from time to time, provide to Canada consulting services or inspections related to the planning, design and construction of the Bridge; PROVIDED HOWEVER that no such services or inspections shall be performed or made until Canada approves a Memorandum of Understanding to this agreement, setting out the nature of the services or inspections to be performed, the details thereof and the basis of payment therefor; and

(c) upon the written request of Canada from time to time, perform such maintenance and repairs to the signal system and interlocking plant of the Bridge as are requested; PROVIDED HOWEVER that no such maintenance or repairs shall be made or carried out until Canada approves a Memorandum of Understanding to this agreement, setting out the nature of the maintenance and repairs required to be done, the details of the work to be performed in relation thereto, and the basis of payment therefor.

The Trial Judge's conclusions as to the facts, which were not challenged before us, were as follows (at pages 26-28 C.C.L.T.):

1. The New Westminster bridge was designed and used exclusively for rail traffic.

2. The Cdn. National Railway has used it continuously since 1915 and it constitutes an integral part of the railway's main line and is in effect the connecting link between the Vancouver terminus and the main line. It constitutes the sole direct link between the Cdn. National Railway tracks on the north and on the south shores of the main arm of the Fraser.

3. The bridge is entirely owned by P.W.C. but is used by four railways pursuant to license agreements with P.W.C. under which they pay a toll for each railway car that crosses

clause supplémentaire qui ne figure pas dans les autres contrats. Cette disposition, à savoir la clause 10, est libellée ainsi (Dossier d'appel, aux pages 158 et 159):

a [TRADUCTION] La compagnie ferroviaire convient:

a) que, dans les cas d'urgence (qui seront déterminés par le Canada), et à la demande du Canada, elle effectuera ces réparations, ces modifications ou ces transformations au pont, ou en fera l'entretien, y compris notamment les approches, les chevalets de bois, les superstructures d'acier (y compris la travée tournante) et le système de signalisation (y compris le chantier d'interconnexion), qui sont absolument nécessaires, de l'avis du Canada, pour l'exploitation sécuritaire et appropriée du pont (y compris toutes ses approches), et que le Canada remboursera à la compagnie ferroviaire les frais raisonnables de réparation, de modification, de transformation ou d'entretien en conformité avec les comptes présentés à l'occasion au Canada par la compagnie ferroviaire; A CONDITION TOUTEFOIS que ces réparations, modifications, transformations ou services d'entretien ne soient pas effectués avant que le Canada n'approuve un protocole d'entente exposant la nature des réparations, des modifications, des transformations ou des services d'entretien à effectuer, le détail des travaux à exécuter à cet égard et la base de calcul du paiement; et

b) qu'à la demande écrite du Canada, elle fournira à celui-ci des services de consultation ou d'inspection relativement à la planification, à la conception et à la construction du pont; A CONDITION TOUTEFOIS que ces services de consultation ou d'inspection ne soient pas fournis avant que le Canada n'approuve un protocole d'entente exposant la nature des services ou des inspections à fournir, le détail de ceux-ci et la base de calcul du paiement; et

c) qu'à la demande écrite du Canada, elle effectuera les réparations requises au système de signalisation et au chantier d'interconnexion du pont et en fera l'entretien requis; A CONDITION TOUTEFOIS que ces réparations ou ces services d'entretien ne soient pas effectués avant que le Canada n'approuve un protocole d'entente exposant la nature des réparations et de l'entretien requis, le détail des travaux à exécuter et la base de calcul du paiement.

Les conclusions du juge de première instance en ce qui concerne les faits, et qui ne sont pas contestées devant nous, étaient formulées ainsi (aux pages 26-28 C.C.L.T.):

1. Le pont de New Westminster était conçu et utilisé exclusivement aux fins du trafic ferroviaire.

2. CN l'a utilisé constamment depuis 1915 et il forme une partie intégrante de sa ligne principale, constituant effectivement le lien entre le terminal de Vancouver et cette ligne. Il est aussi le seul lien direct entre les voies du CN situées sur les rives nord et sud du bras principal du Fraser.

3. Le pont appartient entièrement à TPC, mais il est utilisé par quatre sociétés ferroviaires conformément à des contrats de licence en vertu desquels lesdites sociétés paient un péage pour

the bridge. The toll is fixed in such a way as to cover the entire cost of operation of the bridge.

4. The license agreements are identical except that the Cdn. National Railway agreement has an extra clause whereby the Cdn. National Railway is to provide P.W.C. with such services as emergency repairs, changes, alterations and maintenance, consulting inspection and planning services, maintenance and repairs (other than routine matters), pertaining to the signal system, frogs and the interlocking plant.

5. Consulting services are provided to P.W.C. without charge by a full-time engineer employed by the Cdn. National Railway, whose sole duties involve the Westminster Railway bridge and two other railway bridges in the vicinity which belong to that railway.

6. The Cdn. National Railway periodically arranges without charge for a complete inspection of the girders, stringers and other metal portions of the bridge and also uses its "sperry" car to inspect the rails.

7. At times, Cdn. National Railway provides materials for the bridge. Following the collision, it supplied P.W.C. without charge with a large girder to assist the jacking up of the swing span, thus saving several days of bridge closure.

8. When the bridge is closed for routine maintenance, the timing and duration are negotiated and arranged between the Cdn. National Railway and P.W.C.

9. More than 86 per cent of the cars crossing the bridge belong to the Cdn. National Railway and all of the defendants were fully aware of the fact that the Cdn. National Railway was the primary user.

10. Captain MacDonnel, the master of the JERVIS CROWN and other masters and seamen operating in the river commonly refer, to the bridge from time to time as the C.N. Rail bridge. Captain MacDonnel himself had been familiar with the bridge for over 40 years and until sometime after the collision actually believed that it belonged to the Cdn. National Railway.

11. All of the defendants knew that the port Mann-Thornton marshalling and switching yard of the Cdn. National Railway, which is the main switching yard for the greater Vancouver area, is situated approximately 1 1/2 miles up-river from the bridge on the south bank of the Fraser.

12. The defendants knew that there was no other rail bridge over the main arm of the river below the Westminster bridge and, because the bridge had been damaged previously, they also knew that in the event of a closure of the bridge due to damage, the Cdn. National Railway would have to detour over the Cdn. Pacific Railway bridge upriver between Mission and Matsqui and divert over the Cdn. Pacific Railway tracks on the north bank of the Fraser.

13. The Cdn. National Railway is not claiming for loss of freight business but only for the actual costs incurred by reason of the bridge closure.

Immediately following his findings on the facts, the learned Trial Judge proceeded to draw his conclusions (at pages 28-29 C.C.L.T.):

chaque wagon qui traverse le pont. Le montant du péage est établi de façon à couvrir la totalité des frais d'exploitation du pont.

4. Les contrats de licence sont identiques, mais celui du CN renferme une clause supplémentaire en vertu de laquelle ce dernier doit fournir à TPC des services de réparation, de modification et d'entretien d'urgence, des services d'inspection et de planification par voie de consultation et des travaux d'entretien et de réparation (autres que les travaux habituels) relatifs au système de signalisation, aux croisements et au chantier d'interconnexion.

5. Des services de consultation sont fournis sans frais à TPC par un ingénieur à temps plein qui travaille pour le CN et dont les tâches se rapportent uniquement au Westminster Railway bridge et à deux autres ponts de chemin de fer avoisinants qui appartiennent à cette société ferroviaire.

6. CN assure périodiquement sans frais un examen complet des poutres maîtresses, longrines et autres parties métalliques du pont et utilise également son wagon « sperry » pour examiner les rails.

7. CN fournit parfois des matériaux pour le pont. Après la collision, il a fourni sans frais à TPC une grosse poutre pour remonter la travée tournante, ce qui a permis d'éviter la fermeture du pont pendant plusieurs jours.

8. Lorsque le pont est fermé pour l'entretien habituel, l'heure et la durée de cette fermeture sont négociées et convenues entre le CN et TPC.

9. Plus de quatre-vingt-six pour cent des wagons qui traversent le pont appartiennent au CN et tous les défendeurs étaient bien au courant du fait que le CN était le principal utilisateur.

10. Le capitaine MacDonnel, soit le capitaine du JERVIS CROWN, et d'autres capitaines et navigateurs qui poursuivent des activités sur le fleuve parlent habituellement du pont du CN lorsqu'ils font allusion à ce pont. Le capitaine MacDonnel lui-même connaissait le pont depuis plus de quarante ans et, même un peu après la collision, il croyait effectivement que le pont appartenait au CN.

11. Tous les défendeurs savaient que la cour de triage du CN située au port Mann-Thornton, qui est la principale cour de triage de la grande région de Vancouver, se trouve à environ un mille et demi en amont du pont sur la rive sud du fleuve Fraser.

12. Les défendeurs savaient qu'il n'y avait pas d'autre pont de chemin de fer sur le bras principal du fleuve, en aval du pont Westminster; en outre, comme le pont avait déjà été endommagé, ils savaient aussi qu'en cas de fermeture du pont à la suite de dommages, le CN serait tenu de faire un détour par le pont du CP qui se trouve en amont du fleuve, entre Mission et Matsqui, et d'utiliser les voies du CP sur la rive nord du fleuve Fraser.

13. CN ne réclame aucun montant au titre de pertes de revenus de fret, demandant uniquement les frais effectivement engagés à la suite de la fermeture du pont.

Immédiatement à la suite de ses constatations au sujet des faits, le juge de première instance a tiré ses conclusions (aux pages 28 et 29 C.C.L.T.):

The following conclusions arise from these facts:

1. The probability of the Cdn. National Railway as a distinct legal person as opposed to it being merely a member of a group, suffering the loss which it claims, was not only foreseeable but was actually known to the defendants.

2. The precise nature of the economic loss was also not only foreseeable but was actually known.

3. The damage has been caused and is by no means indefinite either as to quantum or as to time.

4. There exists a sufficient proximity or close relationship between the loss claimed and the tortious act.

5. The property of the Cdn. National Railway is not only in close proximity to the bridge but the latter constitutes an essential link between the Cdn. National Railway tracks on each side of the river, without which that property cannot be properly enjoyed by the claimant.

It is neither necessary nor would it be desirable to attempt to formulate a set of rules which would apply to all cases where pure economic loss would be recoverable. However, the following requirements seem to me to be important, if one is to avoid opening the floodgates to crippling litigation:

1. Knowledge of the claimant as a specific individual or identity who is likely to suffer the damage as opposed to knowledge of a general or unascertained class of people.

2. Not only must it be established that loss was probably foreseeable but the precise nature of the loss should have been foreseeable.

3. There must be a sufficient degree of proximity between the act committed by the tortfeasor and the injury complained of, that an ordinary right-thinking person would feel that the tortfeasor is morally bound to compensate the victim (*Caltex Oil Australian Property Ltd. v. the Dredge Willemstad*). This has also been expressed in terms of sufficient proximity of the property to lead to a duty of care to the claimant.

It has also been suggested in certain cases that the tortfeasor should not be exposed to liability out of all proportion to his wrong or moral culpability and that the degree of negligence, lack of care or recklessness should be considered as a factor. In other cases it has been stated that the economic loss must not overshadow that caused by the physical injury, or damage.

Allowing recovery of economic loss to the Cdn. National Railway in this case would neither involve compensation in an indeterminate amount, nor for an indeterminate time nor to an indeterminate class. In the circumstances, I have no difficulty in finding that the defendants owed a duty to the Cdn. National Railway to refrain from damaging the bridge which they well knew was constantly used by the latter as an integral part of its railway system, it being clearly foreseeable that the offending conduct involved an unreasonably great risk of harm to the claimant.

1. Non seulement les défendeurs pouvaient-ils prévoir que le CN, comme entité juridique distincte plutôt que comme membre d'une catégorie, ait vraisemblablement subi la perte à l'égard de laquelle il veut être indemnisé, mais ils le savaient effectivement.

2. La nature précise de la perte financière était non seulement prévisible, elle était effectivement connue.

3. Les dommages ont été causés et ni le montant ni le moment ne sont indéterminés.

4. Il existe un lien suffisamment étroit entre la perte alléguée et le délit.

5. Non seulement la propriété du CN est-elle située à proximité du pont, mais celui-ci constitue un lien essentiel entre les voies de la société ferroviaire situées de chaque côté du fleuve, lien sans lequel ce dernier ne peut vraiment jouir de sa propriété.

Il n'est ni nécessaire ni souhaitable de tenter de formuler un ensemble de règles qui s'appliqueraient à toutes les causes où des dommages-intérêts découlant d'une perte purement financière pourraient être obtenus. Toutefois, les conditions suivantes m'apparaissent importantes, si l'on veut éviter de se retrouver devant une avalanche de procédures:

1. La connaissance de l'auteur de la réclamation comme personne ou entité déterminée qui est susceptible de subir les dommages par opposition à la connaissance d'une catégorie de personnes générale ou indéterminée.

2. La preuve non seulement du fait que la perte était probablement prévisible, mais du fait que la nature précise de cette perte aurait dû l'être.

3. L'existence d'un lien suffisamment étroit entre l'acte commis par l'auteur du délit et les dommages reprochés, de sorte que l'homme de la rue sensé estimerait que le coupable est moralement tenu de dédommager la victime (*Caltex Oil Australian Property Ltd. v. the Dredge Willemstad*), ou, en d'autres mots, la preuve d'un lien suffisamment étroit avec le bien concerné pour donner lieu à un devoir de prudence envers l'auteur de la réclamation.

Il a également été proposé dans certaines causes que l'auteur du délit ne devrait pas être exposé à une responsabilité qui est tout à fait démesurée par rapport à sa faute ou à son obligation morale et que le degré de négligence, d'insouciance ou d'absence de prudence devrait être considéré comme un facteur. Dans d'autres causes, il a été dit que la perte financière ne doit pas éclipser celle qui est causée par les dommages matériels ou corporels.

S'il était permis au CN de recouvrer une somme d'argent en raison de la perte financière qu'il a subie en l'espèce, ce recouvrement ne donnerait pas lieu à une indemnisation selon un montant indéterminé, pour une période indéterminée ou pour une catégorie indéterminée. Dans les circonstances, je n'ai aucune hésitation à conclure que les défendeurs avaient envers le CN l'obligation d'éviter d'endommager le pont alors qu'il savaient très bien que celui-ci formait une partie intégrante du réseau de chemin de fer de la société et que cette dernière s'en servait constamment; de plus, le fait que le délit comportait le risque déraisonnablement élevé de causer un préjudice à l'auteur de la réclamation était nettement prévisible.

The Cdn. National Railway will therefore be entitled to recover its economic loss as claimed.

Le CN aura donc le droit d'être dédommagé à l'égard de la perte financière qu'il soutient avoir subie.

II

The state of the English authorities on the question of liability for economic loss is such that in the most recent pronouncement of the House of Lords on the subject in *D. & F. Estates Ltd. v. Church Comrs. for England*, [1989] 1 A.C. 177, at page 201, Lord Bridge of Harwich plaintively remarked that "the authorities, as it seems to me, speak with such an uncertain voice that, no matter how searching the analysis to which they are subject, they yield no clear and conclusive answer." Another observer describes the law as a "conceptual morass" in which "The pendulum is swinging wildly and is yet to find a regular rhythm": Peter Cane, "Economic Loss in Tort: Is the Pendulum Out of Control?" (1989), 52 *Mod. L. Rev.* 200 at page 214.

Nevertheless, a frequently accepted starting point for an analysis of economic loss is the observation of Lord Wilberforce with its two propositions, given for the majority of the House, in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.), at pages 751-752:

Through the trilogy of cases in this House—*Donoghue v. Stevenson* [1932] A.C. 562, *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.* [1964] A.C. 465, and *Dorset Yacht Co. Ltd. v. Home Office* [1970] A.C. 1004, the position has now been reached that in order to establish that a duty of care arises in a particular situation, it is not necessary to bring the facts of that situation within those of previous situations in which a duty of care has been held to exist. Rather the question has to be approached in two stages. 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 damages to which a breach of it may give rise: see *Dorset Yacht* case [1970] A.C. 1004, per Lord Reid at p. 1027. Examples of this are *Hedley Byrne's* case [1964] A.C. 465 where the class of potential plaintiffs was reduced to those shown to have relied upon the correctness of statements made, and *Weller & Co. v. Foot and Mouth Disease Research Institute* [1966] 1 Q.B. 569; and (I cite these merely as illustrations, without discussion)

II

^a L'état de la doctrine et de la jurisprudence anglaises sur la question de la responsabilité en cas de préjudice financier est tel que, dans la plus récente décision rendue sur le sujet par la Chambre des lords dans l'affaire *D. & F. Estates Ltd. v. Church Comrs. for England*, [1989] 1 A.C. 177, à la page 201, lord Bridge of Harwich a déploré le fait que [TRADUCTION] «la doctrine et la jurisprudence sont, à mon avis, si peu certaines que, peu importe l'analyse à laquelle elles sont soumises, elles ne donnent pas de réponse claire et concluante». Un autre observateur décrit le droit comme un [TRADUCTION] «fatras de notions» dans lequel «Le pendule oscille au hasard et est encore à la recherche d'un rythme régulier»: Peter Cane, «Economic Loss in Tort: Is the Pendulum Out of Control?» (1989), 52 *Mod. L. Rev.* 200, à la page 214.

^e Néanmoins, un point de départ fréquemment admis pour analyser le préjudice financier est la remarque que lord Wilberforce a formulée en deux points au nom de la majorité des juges de la Cour, dans l'affaire *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.), aux pages 751 et 752:

[TRADUCTION] Les trois arrêts suivants de la présente Cour—*Donoghue v. Stevenson* [1932] A.C. 562, *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.* [1964] A.C. 465, et *Dorset Yacht Co. Ltd. v. Home Office* [1970] A.C. 1004, ont ^g établi le principe selon lequel lorsqu'il s'agit de prouver qu'il existe une obligation de prudence dans une situation donnée, il n'est pas nécessaire de démontrer que les faits de cette situation sont semblables aux faits de situations antérieures où il a été jugé qu'une telle obligation existait. Il faut plutôt aborder cette question en deux étapes. Tout d'abord, il faut se demander s'il existe entre l'auteur présumé de la faute et la personne qui a subi le préjudice, un lien suffisamment étroit pour que l'imprudence de la part de l'auteur de la faute puisse raisonnablement être perçue par celui-ci comme étant susceptible de causer un préjudice à l'autre personne—auquel cas il y a une présomption d'obligation de prudence. Si on répond par l'affirmative à la première question, il faut se demander en second lieu s'il existe des considérations qui pourraient restreindre ou limiter la portée de cette obligation, la catégorie de personnes à qui cette obligation bénéficie ou les dommages qui peuvent être causés par l'inexécution de cette obligation, ou faire conclure à l'inexistence de l'obligation, de la catégorie de personnes ou de l'obligation de dédommager: voir l'affaire *Dorset Yacht* [1970] A.C. 1004, lord Reid à la p. 1027. On en trouve des exemples dans l'arrêt *Hedley Byrne* [1964] A.C. 465, où la catégorie de

cases about "economic loss" where, a duty having been held to exist, the nature of the recoverable damages was limited: see *S.C.M. (United Kingdom) Ltd. v. W. J. Whittall & Son Ltd.* [1971] 1 Q.B. 337 and *Spartan Steel & Alloys Ltd. v. Martin & Co. (Contractors) Ltd.* [1973] Q.B. 27. [Emphasis added.]

In *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), at page 580, Lord Atkin had laid down the basic principles of modern negligence law:

You must take reasonable care to avoid acts or omissions which you can reasonably foresee would be likely to injure your neighbour. Who, then, in law is my neighbour? The answer seems to be—persons who are so closely and directly affected by my act that I ought reasonably to have them in contemplation as being as affected when I am directing my mind to the acts or omissions which are called in question.

Dorset Yacht Co. Ltd. v. Home Office, [1970] A.C. 1004 (H.L.), where seven Borstal boys had damaged a yacht in an escape attempt in another yacht, was treated by the House of Lords as a direct application of *Donoghue v. Stevenson*. It is the third case in the trilogy, *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465 (H.L.), which, in relation to pure economic loss, requires a closer scrutiny.

From the time of *Cattle v. Stockton Waterworks Company* (1875), L.R. 10 Q.B. 453, it was generally believed that pecuniary loss is not recoverable in the law of negligence absent physical injury or damage. This exclusionary rule, as it has often been called, was considered to have survived the extension of the range of negligence by the good neighbour principle of *Donoghue v. Stevenson*. Professor Bruce Feldthusen, *Economic Negligence*, 2nd ed., (Toronto: Carswell, 1989), at page 200 believes that the case law supports a firm exclusionary rule which he states as follows:

demandeurs possibles se limitait aux personnes qui ont montré qu'elles s'étaient fondées sur l'exactitude des déclarations faites, ainsi que dans l'affaire *Weller & Co. v. Foot and Mouth Disease Research Institute* [1966] 1 Q.B. 569; il y a également les causes (que je cite simplement à titre d'illustrations, sans en faire l'examen) qui concernent la «perte financière» où on a limité la nature des dommages-intérêts recouvrables lorsqu'on a jugé qu'une telle obligation existait: voir *S.C.M. (United Kingdom) Ltd. v. W. J. Whittall & Son Ltd.* [1971] 1 Q.B. 337 et *Spartan Steel & Alloys Ltd. v. Martin & Co. (Contractors) Ltd.* [1973] Q.B. 27. [Non souligné dans le texte original.]

b

Dans l'affaire *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), à la page 580, lord Atkin avait établi les principes fondamentaux du droit moderne en matière de négligence:

[TRADUCTION] Il faut apporter un soin raisonnable pour éviter des actes ou omissions lorsqu'on peut raisonnablement prévoir qu'ils sont susceptibles de léser son prochain. Qui alors est mon prochain en droit? La réponse semble être: les personnes qui sont de si près et si directement touchées par mon acte que je devrais raisonnablement les avoir à l'esprit comme ainsi touchées lorsque je songe aux actes ou omissions qui sont mis en question.

d

Dans l'affaire *Dorset Yacht Co. Ltd. v. Home Office*, [1970] A.C. 1004 (H.L.), où sept jeunes délinquants avaient endommagé un yacht au cours d'une tentative d'évasion à bord d'un autre yacht, la Chambre des lords a considéré qu'il s'agissait d'une application directe de la décision *Donoghue v. Stevenson*. C'est le troisième arrêt de la trilogie, *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465 (H.L.), qui, en matière de préjudice purement financier, doit être examiné de plus près.

g

Depuis l'arrêt *Cattle v. Stockton Waterworks Company* (1875), L.R. 10 Q.B. 453, on estimait en général que le préjudice pécuniaire ne peut pas donner lieu à indemnisation selon le droit relatif à la négligence en l'absence de préjudice matériel ou corporel. Cette règle d'exclusion, comme on l'a souvent appelée, fut considérée comme ayant survécu à l'extension du champ de la négligence par le principe du bon prochain formulé dans l'arrêt *Donoghue v. Stevenson*. Dans son ouvrage intitulé *Economic Negligence*, 2^e éd. (Toronto: Carswell, 1989), à la page 200, le professeur Bruce Feldthusen croit que la jurisprudence était une règle d'exclusion ferme qu'il énonce ainsi:

h

i

j

The recovery of pure economic loss will be precluded in negligence when it is consequent upon an injury to the person or property of a third person.⁶

Professor J. A. Smillie, "Negligence and economic loss" (1982), 32 *U.T.L.J.* 231, says [at page 231] that "Prior to 1963 [i.e. *Hedley Byrne*], a rule denying liability in negligence for purely economic loss . . . had been applied consistently for almost ninety years." The rationale for the exclusionary rule was most pithily expressed in an oft-quoted phrase of Cardozo C.J. in *Ultramares Corporation v. Touche*, 255 N.Y. 170, at page 179, 174 N.E. 441 (Ct. App. 1931) at page 444, where he described recovery for pure economic loss as "a liability in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class."

In *Hedley Byrne*, however, the House of Lords held that a negligent misrepresentation may give rise to an action for damages for financial loss (although the defendant was found not liable on the facts because of an express disclaimer of responsibility). Lord Devlin in particular went very far in striking at the exclusionary rule (at page 517):

. . . the distinction is now said to depend on whether financial loss is caused through physical injury or whether it is caused directly. The interposition of the physical injury is said to make a difference of principle. I can find neither logic nor common sense in this. If irrespective of contract, a doctor negligently advises a patient that he can safely pursue his occupation and he cannot and the patient's health suffers and he loses his livelihood, the patient has a remedy. But if the doctor negligently advises him that he cannot safely pursue his occupation when in fact he can and he loses his livelihood, there is said to be no remedy. Unless, of course, the patient was a private patient and the doctor accepted half a guinea for his trouble: then the patient can recover all. I am bound to say, my Lords, that I think this to be nonsense.

Lord Devlin and Lord Hodson both relied on *Morrison Steamship Co., Ltd. v. Greystoke Castle (Cargo Owners)*, [1947] A.C. 265 (H.L.), and Lord Hodson put the issue this way (at page 509):

⁶ Although Professor Feldthusen believes that the exclusionary rule is "firm", he acknowledges that it is "subject to a number of specific exceptions".

[TRADUCTION] L'indemnisation du préjudice purement financier ne sera pas permise en cas de négligence lorsqu'il découle d'un préjudice causé à la personne ou aux biens d'un tiers⁶.

Dans «Negligence and economic loss» (1982), 32 *U.T.L.J.* 231, le professeur J. A. Smillie déclare [à la page 231] que [TRADUCTION] «avant 1963 [c.-à-d. l'arrêt *Hedley Byrne*], une règle rejetant la responsabilité pour négligence en cas de préjudice financier . . . s'était appliquée de façon constante pendant environ quatre-vingt-dix ans». Le principe de la règle d'exclusion a été formulé de façon très concise dans une déclaration fréquemment citée du juge en chef Cardozo dans l'arrêt *Ultramares Corporation v. Touche*, 255 N.Y. 170, à la page 179, 174 N.E. 441 (Ct. App. 1931), à la page 444, où il décrivait l'indemnisation du préjudice purement financier comme [TRADUCTION] «une responsabilité pour un montant indéterminé pour un temps indéterminé à l'égard d'une catégorie indéterminée».

Dans l'affaire *Hedley Byrne*, cependant, la Chambre des lords a jugé qu'une déclaration inexacte faite avec négligence peut donner lieu à une action en dommages-intérêts pour préjudice financier (bien que la défenderesse n'ait pas été tenue responsable des faits en raison d'une stipulation d'exonération de responsabilité). Lord Devlin notamment a porté un très grand coup à la règle d'exclusion (à la page 517):

[TRADUCTION] . . . la distinction dépendrait maintenant de la question de savoir si le préjudice financier résulte d'un préjudice corporel ou s'il a été causé directement. L'interposition du préjudice corporel créerait une différence de principe. Je ne peux rien y trouver de logique ou de sensé. Si, indépendamment d'un contrat, un médecin dit par négligence à un patient qu'il peut sans danger poursuivre son travail mais que celui-ci ne le peut pas et que sa santé en souffre et qu'il perd son gagne-pain, le patient a un recours. Mais si le médecin lui dit par négligence qu'il ne peut pas sans danger poursuivre son travail tandis que de fait il le peut et qu'il perd son gagne-pain, il n'y aurait pas de recours. À moins, naturellement, qu'il s'agisse d'un patient de clientèle privée et que le médecin ait accepté une demi-guinée pour le dérangement: le patient peut alors tout recouvrer. Je dois dire, chers collègues, que je crois que cela n'a pas de sens.

Lord Devlin et lord Hodson se sont appuyés tous deux sur l'arrêt *Morrison Steamship Co., Ltd. v. Greystoke Castle (Cargo Owners)*, [1947] A.C. 265 (H.L.), et lord Hodson a posé la question en ces termes (à la page 509):

⁶ Bien que le professeur Feldthusen estime que la règle d'exclusion soit «ferme», il reconnaît qu'elle est «assujettie à un certain nombre d'exceptions particulières».

It is difficult to see why liability as such should depend on the nature of the damage. Lord Roche in *Morrison Steamship Co. Ltd. v. Greystoke Castle (Cargo Owners)* instanced damage to a lorry by the negligence of the driver of another lorry which, while it does no damage to the goods in the second lorry, causes the goods owner to be put to expense which is recoverable by direct action against the negligent driver.

Lord Pearce (at page 536) cited *Greystoke Castle* as authority for the proposition that "economic loss alone, without some physical or material damage to support it, can afford a cause of action".

Hedley Byrne was greatly relied upon by the High Court of Australia in *Caltex Oil (Australia) Pty. Ltd. v. The Dredge "Willemstad"* (1976), 11 A.L.R. 227, in allowing recovery for economic loss. In that case a dredge, while deepening a shipping channel in Botany Bay, had broken an underwater pipeline which carried petroleum products from a refinery (the owners of which owned the pipeline) on the southern shore to plaintiff's oil terminal on the northern shore. The plaintiff supplied the crude oil to the refinery for processing, and retained notional ownership in the oil being refined and owned the products actually passing through the pipeline. The Court unanimously (although with a different rationalization for each of the five Judges) allowed recovery for the costs of arranging alternative means of transporting petroleum products until the pipeline was repaired.

Gibbs J., although acknowledging that subsequent authorities have not regarded *Hedley Byrne* as obliterating the distinction between damages for pecuniary loss and damages for material or physical loss, wrote (at page 245):

In my opinion it is still right to say that as a general rule damages are not recoverable for economic loss which is not consequential upon injury to the plaintiff's person or property. The fact that the loss was foreseeable is not enough to make it recoverable. However, there are exceptional cases in which the defendant has knowledge or means of knowledge that the plaintiff individually, and not merely as a member of an unascertained class, will be likely to suffer economic loss as a

[TRADUCTION] Il est difficile de concevoir pourquoi la responsabilité comme telle devrait dépendre de la nature des dommages. Dans l'arrêt *Morrison Steamship Co. Ltd. v. Greystoke Castle (Cargo Owners)*, lord Roche a fait état de dommages causés à un camion par suite de la négligence du conducteur d'un autre camion qui, sans avoir causé de dommages aux marchandises se trouvant dans le second camion, a fait faire au propriétaire des marchandises des dépenses qui peuvent être recouvrées au moyen d'une action intentée directement contre le conducteur négligent.

Lord Pearce (à la page 536) a cité l'arrêt *Greystoke Castle* pour étayer la proposition selon laquelle [TRADUCTION] «le préjudice financier seul, sans aucun dommage matériel à son appui, peut fournir une cause d'action».

La Haute Cour de l'Australie s'est grandement appuyée sur l'arrêt *Hedley Byrne* pour rendre son jugement dans l'affaire *Caltex Oil (Australia) Pty. Ltd. v. The Dredge "Willemstad"* (1976), 11 A.L.R. 227, et permettre l'indemnisation du préjudice financier. Dans cette affaire, pendant l'approfondissement d'un chenal de navigation dans la baie de Botany, une drague a brisé un pipeline sous-marin qui transportait des produits pétroliers depuis une raffinerie (dont les propriétaires possédaient également le pipeline) sur la rive sud jusqu'à un terminal de conduites pétrolières de la demanderesse situé sur la rive nord. La demanderesse approvisionnait la raffinerie en pétrole brut pour le traitement de celui-ci et conservait en théorie la propriété du pétrole qui était raffiné, et était propriétaire des produits qui traversaient effectivement le pipeline. Tous les juges de la Cour (bien que chacun d'eux ait fourni des motifs différents) ont permis l'indemnisation des frais occasionnés par le recours à d'autres moyens pour transporter les produits pétroliers jusqu'à ce que le pipeline fût réparé.

Tout en reconnaissant que les décisions subséquentes ne considéraient pas que l'arrêt *Hedley Byrne* abolissait la distinction entre les dommages-intérêts pour préjudice financier et les dommages-intérêts pour préjudice matériel ou physique, le juge Gibbs a écrit (à la page 245):

[TRADUCTION] À mon sens, il reste juste d'affirmer que, en règle générale, il n'y a pas lieu à réparation du préjudice financier qui ne découle pas d'un préjudice à la personne ou aux biens du demandeur. Le fait que la perte fut prévisible ne suffit pas à ouvrir droit à réparation. Toutefois, il existe des cas exceptionnels dans lesquels le défendeur savait, ou avait le moyen de savoir, que sa négligence risquait d'entraîner un préjudice financier pour le demandeur pris individuellement, et

consequence of his negligence, and owes the plaintiff a duty to take care not to cause him such damage by his negligent act. It is not necessary, and would not be wise, to attempt to formulate a principle that would cover all cases in which such a duty is owed; to borrow the words of Lord Diplock in *Mutual Life & Citizens' Assurance Co Ltd v Evatt* [1971] 1 All ER 150; [1971] AC 793 at 809: "Those will fall to be ascertained step by step as the facts of particular cases which come before the courts make it necessary to determine them." All the facts of the particular case will have to be considered. It will be material, but not in my opinion sufficient, that some property of the plaintiff was in physical proximity to the damaged property, or that the plaintiff, and the person whose property was injured, were engaged in a common adventure.

Stephen J. (at page 259) spoke of "The need, in cases of purely economic loss, for some further control of liability apart from that offered by the concept of reasonable foreseeability", and opined (at page 260) that "in the general realm of negligent conduct it may be that no more specific proposition can be formulated than a need for insistence upon sufficient proximity between tortious act and compensable detriment". He added (at page 261):

Some guidance in the determination of the requisite degree of proximity will be derived from the broad principle which underlies liability in negligence. As Lord Atkin put it in a much cited passage from his speech in *Donoghue v Stevenson* ([1932] AC at 580; [1932] All ER Rep at 11) the liability for negligence "is no doubt based upon a general public sentiment of moral wrongdoing for which the offender must pay". Such a sentiment will only be present when there exists a degree of proximity between the tortious act and the injury such that the community will recognize the tortfeasor as being in justice obliged to make good his moral wrongdoing by compensating the victims of his negligence. Again, as Lord Morris said in the *Dorset Yacht Case* ([1970] AC at 1039), courts may have recourse to a consideration of what is "fair and reasonable" in determining whether in particular circumstances a duty of care arises; so too, I would suggest, in determining the requisite degree of proximity before there may be recovery for purely economic loss.

As the body precedent accumulates some general area of demarcation between what is and is not a sufficient degree of proximity in any particular class of case of economic loss will no doubt emerge; but its emergence neither can be, nor should it be, other than as a reflection of the piecemeal conclusions arrived at in precedent cases.

The salient features for establishing sufficient proximity in the case he found to be fivefold: (1) the defendants' knowledge that damage was inher-

non seulement comme un membre d'une catégorie générale, et avait envers le demandeur l'obligation de faire preuve de la prudence requise pour ne pas lui causer de dommage par sa négligence. Il n'est ni nécessaire ni opportun de tenter de définir un principe qui s'appliquerait à tous les cas dans lesquels une telle obligation existe; pour reprendre les mots de lord Diplock dans l'arrêt *Mutual Life & Citizens' Assurance Co Ltd v Evatt* [1971] 1 All ER 150; [1971] A.C. 793, à la page 809: «Ceux-ci devront être vérifiés étape par étape car les faits des affaires dont sont saisis les tribunaux obligeront à les déterminer. Tous les faits de l'espèce devront être examinés. Présenteront une importance, bien qu'ils ne puissent, selon moi, être à eux seuls déterminants, le fait que certains des biens du demandeur étaient situés à proximité du bien endommagé, ou le fait encore que le demandeur et la personne au bien de laquelle le dommage a été causé participaient à une entreprise commune.

Le juge Stephen a parlé (à la page 259) de [TRADUCTION] «La nécessité, dans les cas de préjudice purement financier, de procéder à une vérification plus poussée que celle qui est envisagée avec la notion de prévisibilité raisonnable» et il a émis l'avis (à la page 260) que [TRADUCTION] «dans le domaine général de la conduite négligente, il se pouvait qu'on ne puisse formuler une proposition plus précise que cette nécessité d'insister sur l'existence d'un lien suffisamment étroit entre l'acte délictueux et le préjudice indemnifiable». Il ajouta (à la page 261):

[TRADUCTION] Le principe général qui sous-tend la responsabilité en cas de négligence fournira certaines balises pour déterminer le lien requis. Comme le dit lord Atkin dans un extrait souvent cité de l'arrêt *Donoghue v Stevenson* ([1932] AC à la page 580; [1932] All ER Rep. à la page 11), la responsabilité pour négligence «repose sans doute sur le sentiment général d'une faute morale pour laquelle le contrevenant doit payer». Un tel sentiment n'existera que lorsqu'il y a entre l'acte délictueux et les dommages un lien tel que la société considérera que l'auteur de l'acte délictueux est obligé en toute justice de racheter sa faute morale en indemnisant les victimes de sa négligence. Encore une fois, comme le dit lord Morris dans l'arrêt *Dorset Yacht* ([1970] AC à la page 1039), les tribunaux peuvent recourir à un examen de ce qui est «juste et raisonnable» pour déterminer si, dans des circonstances particulières, il existe une obligation de prudence; et ainsi, selon moi, pour déterminer le lien requis avant qu'il puisse y avoir indemnisation du préjudice purement financier.

À mesure que les précédents s'accumuleront, il émergera sans doute une certaine zone générale de démarcation entre ce qui est et ce qui n'est pas un lien suffisamment étroit dans toute catégorie particulière de cas de préjudice financier; mais son émergence ne peut pas ni ne devrait être autre chose qu'un reflet des conclusions peu systématiques auxquelles on a abouti dans les affaires constituant des précédents.

Les traits saillants pour établir l'existence d'un lien suffisamment étroit étaient au nombre de cinq: (1) la connaissance par les défendeurs du fait

ently likely to produce the kind of consequential economic loss which occurred; (2) their knowledge, from charts, of the existence of the pipeline and of its use by the plaintiff; (3) the fact that damage was negligently caused to the property of the pipeline owner; (4) the nature of the detriment suffered, i.e., the loss of use of the pipeline; and (5) the fact that the claim was not for loss of profits but for the direct consequence of the expense incurred in employing alternative modes of transport.

Mason J. found liability in the fact that the defendants could reasonably foresee "that a specific individual, as distinct from a general class of persons" (at page 274) would suffer financial loss as a consequence of his conduct.

Jacobs J. opted for a "physical propinquity" test, provided only that there is a physical effect (which he distinguishes from physical injury) on property of the plaintiff. However, since he linked this physical propinquity of the plaintiff's property to the place where the defendant's act or omission had its physical effect, it appears that he would have limited recovery to the plaintiff's crude oil and products at the refinery at the time of the incident, absent the agreement of the parties as to the amount of damages.

Murphy J. appears to have rejected the exclusionary rule entirely.

Returning to House of Lords' decisions, one finds the high point for what I may call Lord Devlin's point of view in *Junior Books Ltd. v. Veitchi Co. Ltd.*, [1983] A.C. 520, a Scots appeal where, after a floor laid by the defenders had cracked, the pursuers sued for damages including the cost of relaying the floor and various items of economic and financial loss consequential upon replacement, such as the cost of removal of machinery and loss of profits during relaying. It was not alleged that the state of the floor gave rise to any danger of injury to people or property in the factory. That the majority of the House put the

que les dommages étaient en soi susceptibles de produire le genre de préjudice financier indirect qui est survenu; (2) leur connaissance, grâce aux cartes marines, de l'existence du pipeline et de son utilisation par la demanderesse; (3) le fait que des dommages ont, par négligence, été causés aux biens du propriétaire du pipeline; (4) la nature du préjudice subi, c.-à-d. la perte de l'usage du pipeline; et (5) le fait que la demande d'indemnisation ne portait pas sur la perte de profits mais sur les conséquences directes des dépenses engagées pour l'utilisation d'autres moyens de transport.

Le juge Mason a conclu à la responsabilité du fait que les défendeurs pouvaient raisonnablement prévoir [TRADUCTION] «qu'un particulier précis, par opposition à une catégorie générale de personnes» (à la page 274), subirait un préjudice financier à la suite de son comportement.

Le juge Jacobs a opté pour un critère fondé sur la «proximité de lieu», à condition seulement qu'il y ait des effets physiques (qu'il distingue du préjudice physique) sur les biens de la demanderesse. Toutefois, bien qu'il ait lié cette proximité des biens de la demanderesse à l'endroit où le geste ou l'omission du défendeur avait eu ses effets physiques, il semble qu'il aurait limité l'indemnisation au pétrole brut et aux produits de la demanderesse qui se trouvaient à la raffinerie au moment de l'accident, en l'absence d'entente entre les parties quant au montant des dommages-intérêts.

Le juge Murphy semble avoir rejeté complètement la règle d'exclusion.

En revenant aux décisions rendues par la Chambre des lords, on trouve le point culminant de ce que je pourrais appeler le point de vue de lord Devlin dans *Junior Books Ltd. v. Veitchi Co. Ltd.*, [1983] A.C. 520, un appel d'une décision écossaise où, après qu'un plancher posé par les défendeurs se fut crevassé, les acheteurs avaient intenté une poursuite en dommages-intérêts, y compris les frais engagés pour reposer le plancher et divers postes de préjudice financier consécutifs au remplacement du plancher, tels que les frais de déplacement du matériel et la perte de profits durant la pose du plancher. Il n'avait pas été allégué que l'état du plancher présentait quelque danger d'accident pour les gens ou des risques pour les biens de la manufacture. Il ressort de l'opinion de lord

recovery allowed upon wide grounds is evident from the speech of Lord Roskill (at page 539):

My Lords, I think there is no doubt that *Donoghue v. Stevenson* . . . by its insistence upon proximity, in the sense in which Lord Atkin used that word, as the foundation of the duty of care which was there enunciated, marked a great development in the law of delict and of negligence alike But that advance having been thus made in 1932, the doctrine then enunciated was at first confined by judicial decision within relatively narrow limits. . . . Though initially there is no doubt that because of Lord Atkin's phraseology in *Donoghue v. Stevenson* . . . "injury to the consumer's life or property," it was thought that the duty of care did not extend beyond avoiding physical injury or physical damage to the person or the property of the person to whom the duty of care was owed, that limitation has long since ceased

And again, in the context of Lord Wilberforce's second proposition in *Anns* (at page 546):

. . . the only suggested reason for limiting the damage (ex hypothesi economic or financial only) recoverable for the breach of the duty of care just enunciated is that hitherto the law has not allowed such recovery and therefore ought not in the future to do so. My Lords, with all respect to those who find this a sufficient answer, I do not. I think this is the next logical step forward in the development of this branch of the law. I see no reason why what was called during the argument "damage to the pocket" simpliciter should be disallowed when "damage to the pocket" coupled with physical damage has hitherto always been allowed. I do not think that this development, if development it be, will lead to untoward consequences. The concept of proximity [used to establish the duty of care under Lord Wilberforce's first proposition] must always involve, at least in most cases, some degree of reliance—I have already mentioned the words "skill" and "judgment" . . .

Lord Brandon of Oakbrook in dissent said (at page 551):

The effect of accepting the respondents' contention with regard to the scope of the duty of care involved would be, in substance, to create, as between two persons who are not in any contractual relationship with each other, obligations of one of those two persons to the other which are only really appropriate as between persons who do have such a relationship between them.

He went on (at page 552) to warn against "the inherent difficulty of seeking to impose what are really contractual obligations by unprecedented and, as I think, wholly undesirable extensions of the existing law of delict."

Roskill que la majorité des juges de la Cour a appuyé l'indemnisation accordée sur des motifs larges (à la page 539):

[TRADUCTION] Chers collègues, je pense qu'il n'y a pas de doute que l'arrêt *Donoghue v. Stevenson* . . . en raison de son insistance sur le lien étroit, dans le sens où lord Atkin employait cette expression, en tant que fondement de l'obligation de prudence qui y était énoncé, marquait une grande évolution du droit en matière de délit comme en matière de négligence Mais comme ce pas a été fait en 1932, la doctrine alors formulée se confinait d'abord par décision judiciaire à des limites assez étroites Bien qu'au début il n'y ait pas eu de doute que, à cause du libellé utilisé par lord Atkin dans l'arrêt *Donoghue v. Stevenson* . . . «préjudice à la vie ou aux biens du consommateur», on a cru que l'obligation de prudence se limitait à éviter des préjudices corporels ou des préjudices matériels à la personne ou aux biens de la personne à qui cette obligation de prudence bénéficiait; cette restriction n'existe plus depuis longtemps

Et de nouveau, dans le contexte de la seconde proposition énoncée par lord Wilberforce dans l'arrêt *Anns* (à la page 546):

[TRADUCTION] . . . la seule raison avancée pour limiter le dommage (par hypothèse de nature financière seulement) donnant ouverture à un recours à cause du manquement à l'obligation de prudence qui vient d'être décrit est que, jusqu'à maintenant, la loi n'a pas permis cette réparation et par conséquent ne devrait pas le faire à l'avenir. Vos Seigneuries, avec égards pour ceux qui sont d'avis qu'il s'agit d'une réponse suffisante, je ne partage pas leur opinion. Je crois que c'est la prochaine étape logique dans l'évolution de ce domaine du droit. Je ne vois pas pourquoi ce qui a été appelé dans l'argumentation «préjudice financier» pur et simple devrait être rejeté lorsque l'indemnisation du «préjudice financier» accompagné d'un dommage matériel a toujours jusqu'à présent été autorisée. Je ne crois pas que cette évolution, si évolution il y a, entraînera des conséquences fâcheuses. La notion de lien étroit [utilisée pour établir l'obligation de prudence en vertu de la première proposition de lord Wilberforce] doit toujours impliquer, au moins dans la plupart des cas, un certain degré de pertinence—j'ai déjà mentionné les mots «aptitude» et «jugement»

Lord Brandon of Oakbrook a déclaré dans ses motifs dissidents (à la page 551):

[TRADUCTION] L'acceptation de la prétention des intimés relativement à la portée de l'obligation de prudence en question aurait pour effet, en substance, de créer, entre deux personnes qui ne sont unies l'une envers l'autre par aucun lien contractuel, les obligations de l'une de ces deux personnes envers l'autre qui ne sont vraiment appropriées qu'entre deux personnes qui sont effectivement unies par un tel lien.

Il a poursuivi (à la page 552) en faisant une mise en garde contre [TRADUCTION] «la difficulté inhérente de chercher à imposer ce que sont des obligations vraiment contractuelles en étendant de façon sans précédent et, ainsi que je le pense, tout à fait non souhaitable, le droit actuel en matière de délit».

In the light of the recent trilogy of House of Lords/Privy Council cases, *Junior Books* seems less a "landmark decision" than "an anomaly, to be distinguished, restricted and eventually forgotten".⁷ In the first of these recent decisions, *Candlewood Navigation Corpn. Ltd. v. Mitsui O.S.K. Lines Ltd.* ["*The Mineral Transporter*"], [1986] A.C. 1 (P.C.), where it was held that a time charterer could not recover damages for pecuniary loss caused by damage to the chartered vessel by a third party, Lord Fraser of Tullybelton, who had participated in the majority view in *Junior Books*, contented himself with distinguishing that case on the ground that its extension of the scope of duty "was not in the direction of recognising a title to sue in a party who suffered economic loss because his contract with the victim of the wrong was rendered less profitable or unprofitable" [at pages 24-25]. He saved his real fire for *Caltex* (at page 24):

Their Lordships have carefully considered these reasons for the decision in the *Caltex* case, 136 C.L.R. 529. With regard to the reasons given by Gibbs and Mason JJ., their Lordships have difficulty in seeing how to distinguish between a plaintiff as an individual and a plaintiff as a member of an unascertained class. The test can hardly be whether the plaintiff is known by name to the wrongdoer. Nor does it seem logical for the test to depend upon the plaintiff being a single individual. Further, why should there be a distinction for this purpose between a case where the wrongdoer knows (or has the means of knowing) that the persons likely to be affected by his negligence consist of a definite number of persons whom he can identify either by name or in some other way (for example as being the owners of particular factories or hotels) and who may therefore be regarded as an ascertained class, and a case where the wrongdoer knows only that there are several persons, the exact number being to him unknown, and some or all of whom he could not identify by name or otherwise, and who may therefore be regarded as an unascertained class? Moreover much of the argument in favour of an ascertained class seems to depend upon the view that the class would normally consist of only a few individuals. But would it be different if the class, though ascertained, was large? Suppose for instance that the class

⁷ The phrases are taken from Feldthusen, "Economic Loss: Where Are We Going After *Junior Books*?" (1987), 12 *Can. Bus. L.J.* 241 at p. 273. A generally similar point of view was expressed in the same symposium by Professor Joost Blom, "Economic Loss: Curbs on the Way Ahead?" (1987), 12 *Can. Bus. L.J.* 275.

À la lumière des trois décisions récentes de la Chambre des lords et du Conseil privé, l'affaire *Junior Books* semble moins une [TRADUCTION] «décision marquante» qu'une anomalie, avec laquelle il faudrait faire une distinction, qu'il faudrait restreindre et éventuellement oublier⁷. Dans la première de ces décisions récentes, *Candlewood Navigation Corpn. Ltd. v. Mitsui O.S.K. Lines Ltd.* ["*The Mineral Transporter*"], [1986] A.C. 1 (P.C.), dans laquelle il a été jugé qu'un armateur-affrèteur ne pouvait pas obtenir de dommages-intérêts pour un préjudice pécuniaire causé par des dommages occasionnés par un tiers au navire affrété, lord Fraser of Tullybelton, qui avait souscrit à l'opinion majoritaire dans l'affaire *Junior Books*, s'est contenté de faire une distinction avec cette affaire pour le motif que son extension de la portée de l'obligation [TRADUCTION] «n'allait pas dans le sens de la reconnaissance du droit de poursuivre pour une personne qui a subi un préjudice financier parce que son contrat avec la victime de la faute était devenu moins avantageux ou plus avantageux du tout» [aux pages 24-25]. Il a gardé ses véritables munitions pour l'affaire *Caltex* (à la page 24):

[TRADUCTION] Leurs Seigneuries ont examiné soigneusement les motifs du jugement dans l'affaire *Caltex*, 136 C.L.R. 529. En ce qui concerne les motifs exprimés par les juges Gibbs et Mason, leurs Seigneuries ont de la difficulté à concevoir comment faire la distinction entre un demandeur pris individuellement et un demandeur en tant que membre d'une catégorie indéterminée. Le critère peut difficilement être celui de savoir si le nom du demandeur était connu de l'auteur de la faute. Il ne semble pas logique non plus que le critère dépende du fait que le demandeur soit un simple particulier. En outre, pourquoi faudrait-il faire une distinction à cette fin entre une affaire où l'auteur de la faute sait (ou a le moyen de savoir) que les personnes susceptibles d'être touchées par sa négligence consistent en une catégorie déterminée de personnes qu'il peut identifier soit par leur nom soit d'une autre façon (par exemple comme étant les propriétaires d'usines ou d'hôtels déterminés) et qui peuvent donc être considérées comme une catégorie établie, et une affaire où l'auteur de la faute sait seulement qu'il y a plusieurs personnes, dont le nombre exact ne lui est pas connu, qu'il ne pouvait pas identifier en tout ou en partie par leur nom ou autrement, et qui peuvent donc être considérées comme une catégorie non établie? De plus, l'argument en faveur d'une catégorie établie semble dépendre en grande partie

⁷ Ces expressions sont tirées de l'article de Feldthusen intitulé «Economic Loss: Where Are We Going After *Junior Books*?» (1987), 12 *Can. Bus. L.J.* 241, à la p. 273. Le professeur Joost Blom a exprimé un point de vue généralement similaire au cours du même colloque dans un article intitulé «Economic Loss: Curbs on the Way Ahead?» (1987), 12 *Can. Bus. L.J.* 275.

consisted of all the pupils in a particular school. If it was a kindergarten school with only six pupils they might be regarded as constituting an ascertained class, even if their names were unknown to the wrongdoer. If the school was a large one with over a thousand pupils it might be suggested that they were not an ascertained class. But it is not easy to see a distinction in principle merely because the number of possible claimants is larger in one case than in the other. Apart from cases of negligent misstatement, with which their Lordships are not here concerned, they do not consider that it is practicable by reference to an ascertained class to find a satisfactory control mechanism which could be applied in such a way as to give reasonable certainty in its results.

Similarly they are, with the utmost respect to Stephen J., not able to find in his speech a statement of principle which appears to them to offer a satisfactory and reasonably certain guide. The opinion of Jacobs J. does appear to their Lordships to provide a reasonably certain test, namely the traditional test of physical propinquity. But that gives no support to the argument presented by Mr. Gleeson.

In these circumstances their Lordships have concluded that they are entitled, and indeed bound, to reach their own decision without the assistance of any single ratio decidendi to be found in the *Caltex* case.

Nevertheless, in reasserting the exclusionary rule he found a small niche for *Caltex* (at page 25):

Their Lordships consider that some limit or control mechanism has to be imposed upon the liability of a wrongdoer towards those who have suffered economic damage in consequence of his negligence. The need for such a limit has been repeatedly asserted in the cases, from *Cattle's* case ... to *Caltex*, ... and their Lordships are not aware that a view to the contrary has ever been judicially expressed. The policy of imposing such a limit is consistent with the policy of limiting the liability of ships and aircraft in maritime and aviation law by statute and by international agreement ... Not only has that rule been generally accepted in many countries including the United Kingdom, Canada, the United States of America and until now Australia, but it has the merit of drawing a definite and readily ascertainable line. It should enable legal practitioners to advise their clients as to their rights with reasonable certainty, and their Lordships are not aware of any widespread dissatisfaction with the rule. These considerations operate to limit the scope of the duty owed by a wrongdoer, and they do so at the second stage mentioned by Lord Wilberforce in the passage cited above from his speech in *Anns v. Merton London Borough Council* ...

de l'opinion selon laquelle la catégorie ne consisterait normalement qu'en quelques individus. Mais cela serait-il différent si la catégorie, bien qu'établie, était vaste? Supposons par exemple que la catégorie comprenait tous les élèves d'une école donnée. Si c'était une maternelle de seulement six élèves, ils pourraient être considérés comme constituant une catégorie établie, même si leurs noms n'étaient pas connus de l'auteur de la faute. S'il s'agissait d'une grande école d'environ mille élèves, on pourrait laisser entendre qu'ils ne constituaient pas une catégorie déterminée. Mais il n'est pas facile de voir une distinction dans un principe simplement parce que le nombre de réclamants possibles est plus élevé dans un cas que dans l'autre. Sauf les cas de renseignements inexacts fournis par négligence, par lesquels leurs Seigneuries ne sont pas concernées ici, celles-ci ne considèrent pas qu'il est pratique, par référence à une catégorie déterminée, de trouver un mécanisme de contrôle satisfaisant qui pourrait s'appliquer de façon à donner des résultats d'une certitude raisonnable.

De la même façon, elles ne peuvent, avec le plus grand respect envers le juge Stephen, trouver dans son opinion un énoncé de principe qui leur semble offrir une indication satisfaisante et raisonnablement certaine. L'opinion du juge Jacobs ne semble pas à leurs Seigneuries fournir un critère raisonnablement certain, à savoir le critère traditionnel de la proximité physique. Mais cela n'était pas l'allégation présentée par M^e Gleeson.

Dans les présentes circonstances, leurs Seigneuries ont conclu qu'elles avaient le droit, et en effet l'obligation, d'en venir à leur propre décision sans l'aide d'aucun des motifs figurant dans l'affaire *Caltex*.

Néanmoins, en réaffirmant la règle de l'exclusion, il a trouvé une voie étroite pour l'affaire *Caltex* (à la page 25):

[TRADUCTION] Leurs Seigneuries considèrent qu'il faut imposer une certaine limite ou un certain mécanisme de contrôle en ce qui concerne la responsabilité de l'auteur d'une faute envers ceux qui ont subi un préjudice financier à la suite de sa négligence. La nécessité d'une telle limite a été affirmée de façon répétée dans les arrêts des tribunaux, de l'affaire *Cattle* ... à l'affaire *Caltex*, ... et leurs Seigneuries ignorent si les tribunaux ont jamais exprimé une opinion contraire. Le principe consistant à imposer une telle limite est compatible avec celui qui consiste à limiter la responsabilité des navires et des aéronefs en droit maritime et en droit aérien au moyen de mesures législatives et d'accords internationaux ... Non seulement cette règle a-t-elle été généralement acceptée dans beaucoup de pays, dont le Royaume-Uni, le Canada, les États-Unis d'Amérique et jusqu'à maintenant l'Australie, mais elle a le mérite de définir une frontière précise et facilement vérifiable. Elle devrait permettre aux praticiens du droit d'informer leurs clients sur leurs droits avec une certitude raisonnable, et leurs Seigneuries ne sont au courant d'aucun mécontentement général provoqué par cette règle. Ces considérations contribuent à limiter la portée de l'obligation qui incombe à l'auteur d'une faute, et elles le font au deuxième stade mentionné par lord Wilberforce dans la déclaration citée ci-dessus et tirée de son opinion dans l'arrêt *Anns v. Merton London Borough Council* ...

Almost any rule will have some exceptions, and the decision in the *Caltex* case may perhaps be regarded as one of the "exceptional cases" referred to by Gibbs J. in the passage already quoted from his judgment. The exceptional circumstances may be those referred to by Stephen J., . . . already mentioned. Certainly the decision in *Caltex* does not appear to have been based upon a rejection of the general rule stated in *Cattle's* case.

In my view what is of capital importance is that the Privy Council stressed the necessity for "some limit or control mechanism", but did not adopt an absolute rule excluding liability for pure economic loss.

In the second decision, *Leigh and Sillavan Ltd. v. Aliakmon Shipping Co. Ltd.*, [1986] A.C. 785 (H.L.), where bad stowage had caused damage to goods on shipboard, it was held that for a claim in negligence, the plaintiff buyers had to have either the legal ownership or a possessory title to the goods damaged and not merely contractual rights in relation to them. The reasons for dismissing the claim were set forth for the House by Lord Brandon of Oakbrook, the dissenting judge in *Junior Books*, who said (at pages 816-817 A.C.):

In any event, where a general rule, which is simple to understand and easy to apply, has been established by a long line of authority over many years, I do not think that the law should allow special pleading in a particular case within the general rule to detract from its application. If such detraction were to be permitted in one particular case, it would lead to attempts to have it permitted in a variety of other particular cases, and the result would be that the certainty, which the application of the general rule presently provides, would be seriously undermined. Yet certainty of the law is of the utmost importance, especially but by no means only, in commercial matters. I therefore think that the general rule, re-affirmed as it has been so recently by the Privy Council in *The Mineral Transporter* [1986] A.C. 1, ought to apply to a case like the present one, and that there is nothing in what Lord Wilberforce said in *Anns'* case [1978] A.C. 728 which would compel a different conclusion.

Presque chaque règle souffre certaines exceptions, et la décision rendue dans l'affaire *Caltex* peut peut-être être considérée comme l'un des «cas exceptionnels» mentionnés par le juge Gibbs dans la déclaration déjà citée et tirée de ses motifs de jugement. Les circonstances exceptionnelles peuvent être celles
 a qui parle le juge Stephen, . . . et qui ont déjà été mentionnées. Certes, la décision rendue dans l'affaire *Caltex* ne semble pas se fonder sur le rejet du principe général formulé dans l'arrêt *Cattle*.

b À mon avis, l'essentiel est que le Conseil privé a souligné qu'il était nécessaire qu'il y ait «une certaine limite ou un certain mécanisme de contrôle», mais n'a pas adopté de règle absolue excluant la
 c responsabilité en cas de préjudice purement financier.

d Dans la deuxième décision, *Leigh and Sillavan Ltd. v. Aliakmon Shipping Co. Ltd.*, [1986] A.C. 785 (H.L.), dans laquelle un mauvais arrimage avait causé des dommages à des marchandises à bord d'un navire, il a été jugé que, dans le cas
 e d'une demande d'indemnisation pour négligence, les acheteurs demandeurs devaient avoir un droit de propriété reconnu en *common law* des marchandises endommagées ou un droit de propriété acquis par possession sur celles-ci et non pas simplement
 f des droits contractuels à leur égard. Les motifs du rejet de la demande ont été exposés au nom de la Chambre par lord Brandon of Oakbrook, le juge dissident dans l'arrêt *Junior Books*, qui a dit (aux pages 816 et 817 A.C.):

g [TRADUCTION] De toute façon, lorsqu'une règle générale, qui est simple à comprendre et facile à appliquer, a été établie par une jurisprudence longue et constante au cours de nombreuses années, je ne crois pas que la loi devrait permettre une plaidoirie
 h spéciale dans un cas particulier dans le cadre de la règle générale pour diminuer son application. Si une telle détraction devait être permise dans un cas particulier, cela laisserait place à des tentatives pour que ce soit permis dans un certain nombre d'autres cas particuliers, et il en résulterait que la certitude, qu'offre présentement l'application de la règle générale, serait gravement minée. Certes, la certitude du droit est de la plus
 i haute importance, tout spécialement, mais pas uniquement, en matière commerciale. Je crois donc que la règle générale, affirmée de nouveau comme elle l'a été récemment par le Conseil privé dans l'arrêt *The Mineral Transporter* [1986] A.C. 1, devait s'appliquer dans une affaire comme en l'espèce, et que rien de ce que lord Wilberforce a dit dans l'arrêt *Anns*,
 j [1978] A.C. 728, n'imposerait une conclusion différente.

Finally in *D. & F. Estates, supra*, where negligence had occurred in plastering by subcontractors, an action against the general contractors for replastering, for the cost of cleaning carpets and other possessions dirtied by falling plaster and for damages for disturbance by other parties was rejected since the losses claimed were found to be pure economic loss. Lord Bridge of Harwick said (the speech of Lord Oliver of Aylmerton being to the same effect) of the majority decision in *Junior Books* (at page 202):

The consensus of judicial opinion, with which I concur, seems to be that the decision of the majority is so far dependent upon the unique, albeit non-contractual, relationship between the pursuer and the defender in that case and the unique scope of the duty of care owed by the defender to the pursuer arising from that relationship that the decision cannot be regarded as laying down any principle of general application in the law of tort or delict. The dissenting speech of Lord Brandon of Oakbrook on the other hand enunciates with cogency and clarity principles of fundamental importance which are clearly applicable to determine the scope of the duty of care owed by one party to another in the absence, as in the instant case, of either any contractual relationship or any such uniquely proximate relationship as that on which the decision of the majority in *Junior Books* was founded.

Lord Bridge concluded (at page 206) that once a hidden defect in a chattel is discovered so that it is rendered harmless, whether it is then valueless or capable of economic repair "the economic loss is recoverable in contract by a buyer or hirer of the chattel entitled to the benefit of a relevant warranty of quality, but is not recoverable in tort by a remote buyer or hirer of the chattel". Lord Bridge also took comfort from the recent decision of the United States Supreme Court in *East River S.S. Corp. v. Transamerica Delaval, Inc.*, 106 S. Ct. 2295 (1986), where it was held that no products-liability claim lies in admiralty when a commercial

Enfin, dans l'affaire *D. & F. Estates*, précitée, dans laquelle il y avait eu négligence dans le plâtrage effectué par des sous-traitants, une action contenant une première réclamation contre les entrepreneurs généraux pour les frais de replâtrage, de nettoyage des tapis et des autres biens salis par la chute du plâtre et une deuxième réclamation en dommages-intérêts par d'autres parties pour trouble de jouissance a été rejetée pour le motif que les préjudices réclamés ont été considérés comme un préjudice purement financier. Lord Bridge of Harwick a dit (l'opinion de lord Oliver of Aylmerton allant dans le même sens) au sujet de la décision rendue par la majorité dans l'affaire *Junior Books* (à la page 202):

[TRADUCTION] L'opinion générale des juges, à laquelle je souscris, semble être que la décision de la majorité est tellement tributaire du lien, bien que non contractuel, qui existe entre la poursuivante et la défenderesse dans cette affaire et de la portée de l'obligation de prudence qui incombe à la défenderesse à l'égard de la poursuivante et qui résulte de ce lien que la décision ne peut pas être considérée comme établissant un principe d'application générale en matière d'acte délictueux ou de délit. Dans une opinion dissidente, lord Brandon of Oakbrook énonce par ailleurs avec force et clarté des principes d'une importance fondamentale qui sont clairement applicables pour déterminer la portée de l'obligation de prudence incombant à une partie à l'égard d'une autre en l'absence, comme dans la présente affaire, de tout lien contractuel ou de tout lien étroit comme celui sur lequel était fondée la décision des juges formant la majorité dans l'affaire *Junior Books*.

Lord Bridge a conclu (à la page 206) que, si jamais on découvre un vice caché dans un bien meuble tel qu'il devient hors d'état de nuire, qu'il soit alors sans valeur ou susceptible de réparation, [TRADUCTION] «de préjudice financier peut donner droit à dédommagement dans le cadre d'un contrat pour l'acheteur ou le locataire du bien meuble ayant droit à l'avantage d'une garantie pertinente quant à la qualité, mais il ne le peut pas dans le cas d'un acte délictueux pour l'acheteur ou le locataire éloigné du bien meuble». Lord Bridge a pris également du réconfort dans la décision rendue récemment par la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *East River S.S. Corp. v. Transamerica Delaval, Inc.*, 106 S. Ct. 2295 (1986), dans laquelle il a été statué qu'une réclamation fondée sur la responsabilité quant aux produits n'est recevable en matière d'admiralty quand un commerçant allègue avoir subi un pré-

party alleges injury only to the product itself resulting in purely economic loss.⁸

The "uncertain voice" of the English authorities to which Lord Bridge referred in *D. & F. Estates* is, I believe, now amply manifest, but I think it is nevertheless possible to hazard certain general conclusions. First, there is in England a strong preference for upholding the exclusionary rule, particularly in cases such as these involving products liability where a claim in tort can be seen as an end-run around limitations on contractual liability (Lord Brandon in *Junior Books* and *Leigh and Silavan*, Lord Bridge in *D. & F. Estates*). Second, there is nevertheless a recognition that there are, at the very least, exceptional cases in which the rule does not apply. *Junior Books* has not been overruled, and the result in *Caltex* has not been disapproved of. The rule cannot therefore be regarded as absolute. Third, in these exceptional cases where liability is allowed there will be found factors of unusual proximity or propinquity somewhat analogous to those which under the first of Lord Wilberforce's propositions establish the basic criterion of duty itself (*Hedley Byrne, Caltex, Junior Books*).

III

The law on pure economic loss is more open in Canada than in England, if only because there have been many fewer decisions, especially by the Supreme Court of Canada. It would hardly be an exaggeration to say that there is only one real

⁸ In *Reid v Rush & Tompkins Group plc*, [1989] 3 All ER 228 (C.A.), at p. 238, Ralph Gibson L.J., speaking for himself alone, says of *D. & F. Estates*:

I think it is clear that their Lordships were not, as I understand their speeches, dealing with the tort of negligence in all its forms and it does not seem to me that they were intending to lay down a rule that in no case can damages for economic loss be recovered except under the principles established by the *Hedley Byrne* case. I take Lord Oliver's statement, namely that damages for pure economic loss cannot be recovered unless the case can be brought within the principle of reliance established by the *Hedley Byrne* case, to apply only to the sort of case under consideration in *D & F Estates v Church Cmrs for England*.

dice seulement quant au produit lui-même et se soldant par un préjudice purement financier⁸.

L'«incertitude» de la doctrine et de la jurisprudence anglaises dont parle lord Bridge dans l'arrêt *D. & F. Estates* est, à mon avis, maintenant grandement manifeste, mais je crois qu'il est néanmoins possible de risquer certaines conclusions générales. Premièrement, il y a en Angleterre une préférence marquée pour le maintien de la règle d'exclusion, tout particulièrement dans les causes, comme celles qui concernent la responsabilité quant aux produits, dans lesquelles une demande d'indemnisation en matière délictuelle peut être considérée comme un moyen de contourner les limites de la responsabilité contractuelle (lord Brandon dans les arrêts *Junior Books* et *Leigh and Silavan*, lord Bridge dans l'arrêt *D. & F. Estates*). Deuxièmement, on reconnaît néanmoins qu'il y a, tout au moins, des cas exceptionnels où la règle ne s'applique pas. L'arrêt *Junior Books* n'a pas été écarté, et on n'a pas trouvé à redire au sujet de la décision rendue dans l'arrêt *Caltex*. La règle ne peut donc pas être considérée comme absolue. Troisièmement, dans ces cas exceptionnels où la responsabilité est permise, on trouvera des facteurs de proximité inhabituelle quelque peu analogues à ceux qui, en vertu de la première des propositions de lord Wilberforce, établissent le critère fondamental de l'obligation elle-même (*Hedley Byrne, Caltex, Junior Books*).

III

Le droit relatif au préjudice purement financier est moins figé au Canada qu'en Angleterre, ne serait-ce que parce que beaucoup moins de décisions ont été rendues à cet égard, notamment par la Cour suprême du Canada. Il serait à peine

⁸ Dans l'arrêt *Reid v Rush & Tompkins Group plc*, [1989] 3 All ER 228 (C.A.), à la p. 238, le lord juge Ralph Gibson a, en son nom personnel seulement, dit de l'arrêt *D. & F. Estates*:

[TRADUCTION] Je crois qu'il est évident que leurs Seigneuries ne traitaient pas, si je comprends bien leurs opinions, du délit de négligence sous toutes ses formes et il ne me semble pas qu'elles voulaient formuler une règle selon laquelle on ne peut en aucun cas obtenir de dommages-intérêts pour préjudice financier sauf en vertu des principes établis par l'affaire *Hedley Byrne*. J'ai considéré que la déclaration de lord Oliver, à savoir qu'on ne peut pas obtenir de dommages-intérêts pour préjudice purement financier à moins qu'on puisse amener l'affaire dans le cadre du principe de dépendance établie par l'affaire *Hedley Byrne*, s'applique seulement dans l'affaire étudiée dans *D & F Estates v Church Cmrs for England*.

decision, *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works et al.*, [1974] S.C.R. 1189, a case that has been frequently cited in the House of Lords.

The plaintiff/appellant had sued for the cost of repairs to two pintle-type cranes on board a log barge it had chartered and for loss of the use of the barge during the repair period. The structural defects in the cranes were discovered only after a similar crane had collapsed, killing its operator. The respondents had been aware that such cranes were subject to cracking due to negligence in design, but had not warned the appellant of the potential danger.

Ritchie J., for the seven Judges in the majority, held that the lower courts were right in disallowing the claim for repairs and for such economic loss as it would in any event have sustained even if proper warning had been given. He wrote (at page 1207):

Mr. Justice Tysoe's conclusion [in the B.C. Court of Appeal in the same case] was based in large measure on a series of American cases, and particularly *Trans World Airlines Inc. v. Curtiss-Wright Corp.* ((1955), 148 N.Y.S. 2d 284), where it is pointed out that the liability for the cost of repairing damage to the defective article itself and for the economic loss flowing directly from the negligence, is akin to liability under the terms of an express or implied warranty of fitness and as it is contractual in origin cannot be enforced against the manufacturer by a stranger to the contract. It was, I think, on this basis that the learned trial judge disallowed the appellant's claim for repairs and for such economic loss as it would, in any event, have sustained even if the proper warning had been given. I agree with this conclusion for the same reasons; but while this finding excludes recovery for damage to the article and economic loss directly flowing from Washington's negligence and faulty design, it does not exclude the additional damage occasioned by breach of the duty to warn of the danger.

However, because in Mr. Justice Ritchie's view the failure to warn was an independent tort, he believed the Trial Judge was right in allowing and the Court of Appeal wrong in disallowing, economic loss resulting from the inactivity of the barge for the period after the respondents became seized with the defects.

exagéré de dire qu'il y a seulement une véritable décision, à savoir *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works et autre*, [1974] R.C.S. 1189; un arrêt qui a été fréquemment cité à la Chambre des lords.

La demanderesse/appelante avait intenté une poursuite pour le recouvrement des frais de réparation de deux grues à pivot installées à bord d'un chaland de billes qu'elle avait loué et pour la perte d'utilisation du chaland durant les réparations. Les vices de structure des grues ont été découverts seulement après qu'une grue similaire se fut effondrée et eut tué son opérateur. Les intimées savaient que des grues de ce genre étaient susceptibles de se fissurer en raison d'une négligence de conception, mais elles n'avaient pas averti l'appelante du danger possible.

Le juge Ritchie, au nom des sept juges formant la majorité, a statué que les tribunaux inférieurs avaient eu raison de ne pas accueillir la demande d'indemnisation des frais de réparation et d'un préjudice financier que, de toute façon, elle aurait subi même si l'avertissement approprié avait été donné. Il a écrit (   la page 1207):

La conclusion de M. le juge Tysoe [en Cour d'appel de la C.-B. dans la même affaire] était fondée en grande partie sur une série de précédents américains, l'arrêt *Trans World Airlines Inc. v. Curtis-Wright Corp.* ((1955), 148 N.Y.S. 2d 284), en particulier, dans lequel on a indiqué que la responsabilité du côté de réparation du dommage subi par l'objet défectueux lui-même, et de la perte économique découlant directement de la négligence, ressemble à la responsabilité en vertu d'une garantie explicite ou implicite de bon état, et que puisque son origine est contractuelle, un tiers au contrat ne peut la faire valoir contre le fabricant. C'était, je crois, pour ce motif que le savant juge de première instance a rejeté la réclamation de l'appelante pour réparations et pour la perte économique qu'elle aurait de toute manière subie même si l'avertissement approprié avait été donné. Je souscris à cette conclusion pour les mêmes motifs; mais, bien que cette conclusion exclue le recouvrement pour les dommages causés à l'objet et pour la perte économique découlant directement de la négligence et de la mauvaise conception imputables à Washington, elle n'exclut pas les dommages supplémentaires occasionnés par le manquement à l'obligation d'avertir contre le danger.

Toutefois, comme, à son avis, l'omission d'avertir constituait un délit civil indépendant, le juge Ritchie a cru que le juge de première instance avait eu raison d'accorder, et la Cour d'appel avait eu tort de ne pas accorder, une indemnité pour le préjudice financier résultant de l'inactivit   du chaland après que les intimées eurent été avis  es des d  fectuosit  s en question.

To support this conclusion Ritchie J. interpreted *Cattle* in the light of *Donoghue v. Stevenson* and relied heavily on *Hedley Byrne* (at pages 1213-1215):

In the present case there is no suggestion that liability should be based on negligent misrepresentation and to this extent the *Hedley Byrne* case is of no relevance. I refer to it for the sole purpose of indicating the view of the House of Lords that where liability is based on negligence the recovery is not limited to physical damage but extends also to economic loss. The case was recently distinguished in this Court in *J. Nunes Diamonds Ltd. v. Dominion Electric Protection Co.* ([1972] S.C.R. 769), where Pigeon J., speaking for the majority of the Court, said at p. 777:

Furthermore, the basis of tort liability considered in *Hedley Byrne* is inapplicable to any case where the relationship between the parties is governed by a contract, unless the negligence relied on can properly be considered as "an independent tort" unconnected with the performance of that contract . . . This is specially important in the present case on account of the provisions of the contract with respect to the nature of the obligations assumed and the practical exclusion of responsibility for failure to perform them.

In the present case, however, I am of opinion that the failure to warn was "an independent tort" unconnected with the performance of any contract either express or implied.

In the course of the exhaustive argument which he presented on behalf of the appellant, Mr. Locke referred to a number of recent decisions in the Court of Appeal of England to illustrate the development of the thinking in that Court on the question of recovery for pure economic loss in an action for negligence where no physical damage has been sustained by the plaintiff.

In one such case, *SCM (United Kingdom) Ltd. v. W. J. Whittall & Son Ltd.* ([1970] 3 All E.R. 245), the Court held that economic loss flowing directly from physical harm was recoverable but Lord Denning indicated that he would deny recovery for other economic loss except in exceptional circumstances. His reasoning appears to rest on the basis that the damage was too remote although he observed, in the courts of his judgment:

I must not be taken, however, as saying that economic loss is always too remote.

A further lengthy discussion of the same subject is contained in the reasons for judgment of the same learned judge in *Spartan Steel & Alloys Ltd. v. Martin & Co. (Contractors) Ltd.* ([1972] 3 W.L.R. 502), where he appears to treat the question of remoteness of damage as one to be determined "as a matter of policy" and after referring to the cases of *Cattle v. Stockton Waterworks Co.* and *Société Anonyme de Remorquage à Hélice v. Bennetts*, he said:

On the other hand, in the cases where economic loss by itself has been held to be recoverable, it is plain that there was a duty to the plaintiff and the loss was not too remote.

Pour étayer cette conclusion, le juge Ritchie a interprété l'arrêt *Cattle* à la lumière de l'arrêt *Donoghue v. Stevenson* et s'est fondé grandement sur l'arrêt *Hedley Byrne* (aux pages 1213 à 1215):

En l'espèce présente, on n'a pas avancé que la responsabilité devrait être basée sur une déclaration inexacte faite par négligence et, dans cette mesure, l'arrêt *Hedley Byrne* ne s'applique aucunement. Je m'y reporte uniquement pour indiquer l'avis de la Chambre des Lords selon lequel quand la responsabilité est basée sur la négligence, le recouvrement ne se limite pas aux dommages physiques mais s'étend aussi aux pertes économiques. L'affaire *Hedley Byrne* a récemment été jugée espèce différente par cette Cour dans l'arrêt *J. Nunes Diamonds Ltd. c. Dominion Electric Protection Co.* ([1972] R.C.S. 769), dans lequel le juge Pigeon, parlant au nom de la majorité de la cour, a dit à la p. 777:

Le critère de responsabilité délictuelle étudié dans l'affaire *Hedley Byrne* ne peut pas s'appliquer lorsque les relations entre les parties sont régies par un contrat, à moins qu'il soit possible de considérer que la négligence imputée constitue un délit civil indépendant n'ayant aucun rapport avec l'exécution du contrat . . . En l'espèce, c'est là un point particulièrement important, à cause des dispositions contractuelles relatives à la nature des obligations assumées et l'exclusion virtuelle de toute responsabilité en cas de défaut de les remplir.

En l'espèce présente, toutefois, je suis d'avis que l'omission d'avertir a été «un délit civil indépendant» n'ayant aucun rapport avec l'exécution d'un contrat exprès ou implicite.

Dans la plaidoirie complète qu'il a présentée au nom de l'appelante, Me Locke s'est reporté à de nombreuses décisions récentes de la Cour d'appel d'Angleterre pour illustrer l'évolution des idées dans cette cour-là sur la question du recouvrement de la pure perte économique dans une action pour négligence lorsque le demandeur n'a subi aucun dommage physique.

Dans une de ces affaires, *SCM (United Kingdom) Ltd. v. W. J. Whittall & Son Ltd.* ([1970] 3 All E.R. 245), la cour a statué que la perte économique découlant directement d'un dommage physique était recouvrable mais Lord Denning a indiqué qu'il refuserait le recouvrement d'autres pertes économiques sauf dans des circonstances exceptionnelles. Son raisonnement semble fondé sur le fait que le dommage était trop éloigné bien qu'il ait fait remarquer, dans ses motifs de jugement:

[TRADUCTION] Cependant, ne croyez pas que je suis d'avis que la perte économique est toujours trop éloignée.

Une autre étude assez longue sur le même sujet est contenue dans les motifs de jugement du même savant juge dans l'arrêt *Spartan Steel and Alloys Limited v. Martin & Co. (Contractors) Ltd.* ([1972] 3 W.L.R. 502) où il semble avoir considéré que la question du caractère éloigné du dommage devait être décidée [TRADUCTION] «comme une question de ligne de conduite»; après s'être référé aux arrêts *Cattle v. Stockton Waterworks Co.* et *Société Anonyme de Remorquage à Hélice v. Bennetts*, il a dit:

[TRADUCTION] D'autre part, dans les affaires où on a statué que la perte économique était recouvrable en elle-même, il est clair qu'il y avait une obligation envers les demandeurs et que la perte n'était pas trop éloignée.

In the case of *Ministry of Housing and Local Government v. Sharp* ([1970] 2 Q.B. 223), at p. 278, Salmon L.J. appears to me to have dealt with the question both accurately and succinctly when he said:

So far, however, as the law of negligence relating to civil actions is concerned, the existence of a duty to take reasonable care no longer depends on whether it is physical injury or financial loss which can reasonably be foreseen as a result of a failure to take such care.

I am conscious of the fact that I have not referred to all relevant authorities relating to recovery for economic loss under such circumstances, but I am satisfied that in the present case there was a proximity of relationship giving rise to a duty to warn and that the damages awarded by the learned trial judge were recoverable as compensation for the direct and demonstrably foreseeable result of the breach

The two Judges dissenting in part would have included in the allowable loss the cost of repair of the cranes on the ground that threatened physical harm should be treated the same as actual physical harm. Laskin J. (as he then was) wrote (at pages 1218-1219 S.C.R.):

... the doctrine of *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, which has been considered in this Court and had been applied in other Courts in Canada, shows that economic or pecuniary loss is not outside the scope of liability for negligence.

The present case is not of the *Hedley Byrne* type, as the reasons of my brother Ritchie show, but recovery for economic loss alone is none the less supported under negligence doctrine. It seems to me that the rationale of manufacturers' liability for negligence should equally support such recovery in the case where, as here, there is a threat of physical harm and the plaintiff is in the class of those who are foreseeably so threatened

Support for such recovery in the present case will not lead to "liability in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class", to borrow an often-quoted statement of the late Judge Cardozo in *Ultramares Corp. v. Touche*, at p. 179. The pragmatic considerations which underlay *Cattle v. Stockton Waterworks Co.* will not be eroded by the imposition of liability upon Washington as a negligent designer and manufacturer Liability here will not mean that it must also be imposed in the case of any negligent conduct where there is foreseeable economic loss; a typical instance would be claims by employees for lost wages where their employer's factory has been damaged and is shut down by reason of another's negligence. The present case is concerned with direct economic loss by a person whose use of the defendant Washington's product was a contemplated one, and not with indirect economic loss by third parties, for example, persons whose logs could not be loaded on the appellant's barge because of the withdrawal of the defective crane from service to undergo repairs. It is concerned (and here I repeat myself) with econom-

Dans l'arrêt *Ministry of Housing and Local Government v. Sharp*, ([1970] 2 Q.B. 223) p. 278, le juge Salmon me semble avoir traité la question de façon exacte et succincte quant il a dit:

[TRADUCTION] Cependant, dans la mesure où le droit relatif à la négligence en matière civile est concerné, l'existence de l'obligation de diligence raisonnable ne dépend plus de la question de savoir si ce qui peut être raisonnablement prévu comme résultat de l'omission de faire preuve de pareille diligence est dommage physique ou une perte financière.

Je me rends bien compte que je n'ai pas fait état de tous les précédents pertinents ayant trait au recouvrement pour perte économique dans pareilles circonstances, mais je suis convaincu qu'en l'espèce présente il y avait une proximité de rapport donnant naissance à une obligation d'avertir et que les dommages-intérêts adjugés par le savant juge de première instance étaient recouvrables à titre d'indemnité pour le résultat direct et démonstrablement prévisible de la violation

Les deux juges dissidents en partie auraient inclus dans le préjudice admissible les frais de réparation des grues pour le motif que la menace de dommage physique aurait dû être traitée de la même façon que le dommage physique véritable. Le juge Laskin (tel était alors son titre) a écrit (aux pages 1218 et 1219 R.C.S.):

... la doctrine énoncée dans l'arrêt *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, lequel a été considéré par cette Cour et appliqué dans d'autres Cours au Canada, montre que la perte économique ou pécuniaire n'est pas à l'extérieur du champ de la responsabilité pour négligence.

La présente affaire n'est pas du type *Hedley Byrne*, comme l'indiquent les motifs de mon collègue le juge Ritchie, mais le recouvrement pour la perte économique seulement trouve néanmoins un appui dans la doctrine de la négligence. Il me semble que le principe de la responsabilité du fabricant pour négligence devrait également permettre ce recouvrement dans le cas où, comme en l'espèce, il y a menace de dommages physiques et le demandeur est dans la catégorie des personnes qui, peut-on prévoir, sont ainsi menacées

Appliquer pareil recouvrement dans la présente affaire ne conduira pas (Traduction) «à une responsabilité pour un montant indéterminé pour un temps indéterminé à l'égard d'une catégorie indéterminée», pour emprunter une déclaration fréquemment citée du défunt juge Cardozo dans l'arrêt *Ultramares Corp. v. Touche*, p. 179. Les considérations pragmatiques qui sont à la base de l'arrêt *Cattle v. Stockton Waterworks Co.* ne seront pas dévalorisées par l'imposition d'une responsabilité à Washington comme fabricant et concepteur négligent . . . La responsabilité ne signifiera pas ici qu'elle doit aussi être imposée dans tous les cas de conduite négligente où il y a une perte économique prévisible; un cas typique serait les réclamations faites par les employés pour perte de salaire lorsque l'usine de leur employeur a été endommagée et est fermée par suite de la négligence d'une autre personne. Dans la présente affaire, il s'agit d'une perte économique directe subie par une personne dont l'usage du produit de la défenderesse Washington était prévu, et non d'une perte économique indirecte subie par un tiers, par exemple, des personnes dont les billes ne pouvaient

ic loss resulting directly from avoidance of threatened physical harm to property of the appellant if not also personal injury to persons in its employ.

Despite the wider recovery he would have allowed, Laskin J. is much closer to the exclusionary rule than the majority because of his retention of the physical harm concept. For the majority, it seems that any economic loss which occurs apart from a relationship between the plaintiff and the tortfeasor is recoverable if there is a sufficient "proximity of relationship" between the two parties. In fact, the principle adopted by the majority is the corollary to that adopted by the majority in *Nunes Diamonds (J.) Ltd. v. Dominion Electric Protection Co.*, [1972] S.C.R. 769. Ritchie J. quotes Pigeon J. in that case (at page 777) to the effect that "the basis of tort liability considered in *Hedley Byrne* is inapplicable to any case where the relationship between the parties is governed by a contract". It may well be simply an accident of timing that *Rivtow Marine* followed soon after *Hedley Byrne* and before the House of Lords' negative reaction set in the 1980's, but it remains the principal Canadian authority, although subsequent English cases have been remarked upon in passing several times by the Supreme Court, most notably in *Kamloops (City of) v. Nielsen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 2.

The issue in *Kamloops* was whether a municipality can be held liable for negligence in failing to prevent the construction of a house with defective foundations by a purchaser who took it without notice either of the state of the foundations or of the inadequacy of the municipal surveillance.

Wilson J. for the majority extensively surveyed the cases on recovery for pure economic loss, since the municipality argued that the economic loss in the case was analogous to the cost of repairs to the crane which was expressly disallowed by the majority in *Rivtow Marine*. Wilson J. acknowledged (at page 33) that "the majority judgment of this Court in *Rivtow* stands until such time as it

pas être chargées sur le chaland de l'appelante à cause du retrait du service de la grue défectueuse pour y effectuer des réparations. Il s'agit (je me répète) d'une perte économique résultant directement de l'évitement de dommages physiques menaçant la propriété de l'appelante sinon aussi de l'évitement de blessures aux personnes à son service.

Malgré l'indemnité plus élevée qu'il aurait accordée, le juge Laskin se situe plus près de la règle d'exclusion que les juges formant la majorité parce qu'il retient la notion de dommage physique. Pour les juges formant la majorité, il semble que tout préjudice financier qui survient indépendamment d'un lien entre le demandeur et l'auteur de l'acte délictueux peut donner lieu à indemnisation s'il y a un «lien suffisamment étroit» entre les deux parties. De fait, le principe adopté par les juges formant la majorité est le corollaire de celui qui a été adopté par les juges formant la majorité dans l'arrêt *Nunes Diamonds (J.) Ltd. c. Dominion Electric Protection Co.*, [1972] R.C.S. 769. Le juge Ritchie cite le juge Pigeon, qui déclare dans cette affaire-là (à la page 777) que «Le critère de responsabilité délictuelle étudié dans l'affaire *Hedley Byrne* ne peut pas s'appliquer lorsque les relations entre les parties sont régies par un contrat». C'est peut-être bien un pur hasard que l'arrêt *Rivtow Marine* ait été rendu peu après l'arrêt *Hedley Byrne* et avant la réponse négative de la Chambre des lords dans les années 1980, mais il demeure la principale décision canadienne, bien qu'à plusieurs reprises, la Cour suprême ait fait en passant des remarques sur la jurisprudence anglaise subséquente, tout particulièrement dans l'arrêt *Kamloops (Ville de) c. Nielsen et autres*, [1984] 2 R.C.S. 2.

Dans l'affaire *Kamloops*, la question était de savoir si une personne acquiert une maison sans être informée de l'état défectueux des fondations ou de l'insuffisance des inspections municipales peut tenir une municipalité responsable, par négligence, de ne pas en avoir interdit la construction.

Le juge Wilson, au nom des juges formant la majorité, a examiné abondamment les affaires portant sur l'indemnisation du préjudice purement financier, étant donné que la municipalité alléguait que, dans l'affaire, le préjudice financier était analogue aux frais de réparation de la grue qui avaient été rejetés expressément par les juges formant la majorité dans l'arrêt *Rivtow Marine*. Le

may be reconsidered by a full panel of the Court”, but she added that (at page 34):

... I tend to think that the problem of concurrent liability in contract and tort played a major role in the restrictive approach taken by the majority in *Rivtow* and that, as in the case of *Hedley Byrne*, we will have to await the outcome of a developing jurisprudence around that decision also . . .

However, she distinguished *Rivtow Marine* on at least two grounds: (1) *Rivtow* was a lawsuit between private litigants as compared with a claim against a public authority for breach of a private-law duty of care arising under a statute; (2) “there are no contractual overtones to this case as there were in *Rivtow*” (at page 34), where there was “some concern that the tort door should not be opened so far as to permit a recovery in tort which would not have been available in contract” (at page 34). Neither the result nor the reasons are therefore directly relevant to the case at bar, since recovery was ultimately allowed on a statutory basis. Nevertheless, it seems to me that both the thrust and the tone of what the Court did militate against an absolute exclusionary rule. The summation on the issue by Wilson J. points this way (at page 35):

I do not believe that to permit recovery in this case is to expose public authorities to the indeterminate liability referred to in *Ultramares*. In order to obtain recovery for economic loss the statute has to create a private law duty to the plaintiff alongside the public law duty. The plaintiff has to belong to the limited class of owners or occupiers of the property at the time the damage manifests itself. Loss caused as a result of policy decisions made by the public authority in the *bona fide* exercise of discretion will not be compensable. Loss caused in the implementation of policy decisions will not be compensable if the operational decision includes a policy element. Loss caused in the implementation of policy decisions, *i.e.* operational negligence will be compensable. Loss will also be compensable if the implementation involves policy considerations and the discretion exercised by the public authority is not exercised in good faith. Finally, and perhaps this merits some emphasis, economic loss will only be recoverable if as a matter of statutory interpretation it is a type of loss the statute intended to guard against.

juge Wilson a reconnu (à la page 33) que «cette Cour est liée par le jugement de la majorité dans l'arrêt *Rivtow* jusqu'à ce que la Cour siégeant au complet ait l'occasion de réétudier la question», mais elle a ajouté que (à la page 34):

... je suis portée à croire que la responsabilité simultanée en matière contractuelle et délictuelle a joué un rôle important dans l'attitude restrictive adoptée par la majorité dans l'arrêt *Rivtow* et que, comme dans l'arrêt *Hedley Byrne*, il nous faudra attendre de voir dans quel sens ira l'évolution de la jurisprudence qui se développe autour de cette décision . . .

Toutefois, elle a fait une distinction avec l'arrêt *Rivtow Marine* pour au moins deux raisons: (1) l'affaire *Rivtow* était une poursuite judiciaire entre des parties privées par comparaison avec une demande d'indemnisation contre une administration publique pour inexécution d'une obligation de prudence de droit privé découlant d'une loi; (2) «il n'y a pas d'apparence de contrat en l'espèce comme il y en avait dans l'affaire *Rivtow*» (à la page 34), dans laquelle «on ne voulait pas élargir le recours délictuel au point de permettre un recouvrement en matière délictuelle qui n'aurait pas été possible en matière contractuelle» (à la page 34). Ni la décision ni les motifs ne se rapportent donc directement à l'affaire en cause, étant donné que l'indemnisation a finalement été permise sur le fondement d'une loi. Néanmoins, il me semble que l'effet et le ton de ce que la Cour a fait militent contre une règle absolue d'exclusion. Le juge Wilson a résumé la question de la façon suivante (à la page 35):

Je ne crois pas qu'en permettant l'indemnisation en l'espèce on expose les autorités publiques à la responsabilité indéterminée mentionnée dans l'arrêt *Ultramares*. Pour obtenir l'indemnisation d'une perte financière, il faut que la loi crée une obligation de droit privé envers le demandeur en plus de l'obligation de droit public. Le demandeur doit appartenir à la catégorie limitée des propriétaires ou occupants de la propriété au moment où le dommage se manifeste. La perte qui résulte de décisions de politique prises par les autorités publiques dans l'exercice de bonne foi de leur pouvoir discrétionnaire ne donne pas lieu à indemnisation. La perte qui résulte de la mise à exécution de décisions de politique ne donne pas lieu à indemnisation si la décision d'exécution comporte un élément de politique. La perte qui résulte lors de la mise à exécution de décisions de politique, c.-à-d. de l'exécution fautive, donne lieu à indemnisation. La perte donne lieu également à indemnisation si la mise à exécution fait appel à des considérations de politique et que le pouvoir discrétionnaire des autorités publiques n'est pas exercé de bonne foi. Enfin, et ce point mérite peut-être d'être souligné, la perte financière ne donne lieu à indemnisation que si, selon l'interprétation de la loi, il s'agit d'un type de perte que la loi vise à prévenir.

It seems to me that recovery for economic loss on the foregoing basis accomplishes a number of worthy objectives. It avoids undue interference by the courts in the affairs of public authorities. It gives a remedy where the legislature has impliedly sanctioned it and justice clearly requires it. It imposes enough of a burden on public authorities to act as a check on the arbitrary and negligent discharge of statutory duties. For these reasons I would permit recovery of the economic loss in this case.

What is most striking, perhaps, is the majority's refusal to be stampeded by any floodgates argument based upon Cardozo C.J.'s statement in *Ultramares*.

The appellants in the case at bar contended that the decision of Wilson J. in *Kamloops* should be read in the light of her alleged affirmation of the exclusionary rule as a member of the Ontario Court of Appeal in *Attorney-General for Ontario v. Fatehi et al.* (1981), 34 O.R. (2d) 129 (C.A.), but in my view that contention breaks down on an analysis of the *Fatehi* decision in the Ontario Court of Appeal. In that case, the defendant admitted negligence in the operation of a motor vehicle, but denied liability for the Ontario Crown's costs in clearing the wrecked vehicles, spilled gasoline, broken glass, and general debris from a highway. Brooke J.A. (dissenting) would have upheld the Trial Judge's decision that the Crown was a property-owner whose property had suffered damage.

It is perhaps fair to say that both Wilson and Thorson J.J.A. in the majority inclined to the exclusionary rule in their *dicta*. Indeed, Thorson J.A. admitted (at page 146):

If it had been necessary to do so in this case on the theoretical assumption that the only ground for appeal argued by counsel for the appellant was that the Crown's loss was a purely economic one, I would have been disposed to allow the appeal on that ground.

Wilson J.A. (as she then was) was, however, ultimately unwilling to rest her judgment on the exclusionary rule (at page 142):

Il me semble que l'indemnisation de la perte financière aux conditions qui précèdent répond à un certain nombre d'objectifs valables. Elle permet d'éviter l'intervention indue des cours dans les affaires des autorités publiques. Elle fournit un redressement lorsque le législateur l'a implicitement sanctionné et que la justice l'exige clairement. Elle impose aux autorités publiques une obligation suffisamment astreignante de réprimer l'exercice fautif et arbitraire des fonctions prévues par la loi. Pour ces motifs, je suis d'avis d'autoriser l'indemnisation de la perte financière en l'espèce.

Ce qui est peut-être le plus frappant, c'est le refus des juges formant la majorité de se laisser persuader par l'argument de l'avalanche de poursuites fondé sur la déclaration du juge en chef Cardozo dans l'arrêt *Ultramares*.

Les appelants dans l'affaire en cause ont prétendu que la décision du juge Wilson dans l'arrêt *Kamloops* devrait s'interpréter à la lumière de sa présumée confirmation de la règle d'exclusion au moment où elle siégeait à la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Attorney-General for Ontario v. Fatehi et al.* (1981), 34 O.R. (2d) 129 (C.A.), mais, à mon avis, cette prétention s'effondre à l'analyse de la décision *Fatehi* rendue par la Cour d'appel de l'Ontario. Dans cette affaire-là, le défendeur avait admis avoir fait preuve de négligence dans la conduite d'un véhicule moteur, mais il avait nié sa responsabilité à l'égard des frais engagés par le gouvernement de l'Ontario pour débarrasser l'autoroute des véhicules accidentés, de l'essence renversée, des vitres brisées et des débris généraux. Le juge d'appel Brooke (dissident) aurait confirmé la décision du juge de première instance selon laquelle le gouvernement était le propriétaire de biens dont certains avaient subi des dommages.

Il est peut-être juste de dire que les deux juges d'appel Wilson et Thorson, qui faisaient partie de la majorité, penchaient pour la règle d'exclusion dans leurs remarques incidentes. En effet, le juge d'appel Thorson a admis (à la page 146):

[TRADUCTION] S'il avait été nécessaire de le faire en l'espèce en supposant théoriquement que le seul motif d'appel avancé par l'avocat de l'appelant était que le préjudice du gouvernement était purement financier, j'aurais été prêt à accueillir l'appel pour ce motif.

Le juge d'appel Wilson (tel était alors son titre) ne voulait toutefois pas finalement faire reposer son jugement sur la règle d'exclusion (à la page 142):

However, even if I am right that this is an action for the recovery of pure economic loss I cannot say on the existing state of the law that the learned trial Judge was clearly wrong in permitting recovery. I prefer therefore to base my judgment on the appellant's second ground of appeal.

On appeal, the Supreme Court of Canada unanimously held that the case was not one of economic loss at all but of direct damage to the property of the plaintiff occasioned by the negligence of the defendant. The Supreme Court interpreted the Court of Appeal majority below as having suspended judgment on pure economic loss (*supra*, at page 544):

The law in Canada remains, as was said in the majority below, somewhat uncertain by reason of the decision of this Court in *Rivtow Marine*, *supra*.

The Supreme Court's own view was that the law was open, and that it should remain so for the moment (at page 545):

Nonetheless it must be acknowledged that *Rivtow* has been variously applied or rejected by the courts of this country, some of whom find in the majority judgment recognition of economic loss and some of whom have found the opposite. It is not possible to say whether the law of Canada, as reflected in the authorities to date, contemplates recovery for a pure economic loss in the sense of *Junior Books*, *supra*, in the House of Lords.

In this proceeding it is unnecessary, in my view, to settle this issue because . . . this is not a case of economic loss but of direct damage to property of the plaintiff occasioned by the negligence of the respondent.

Although the issue was specifically left open by the Supreme Court of Canada in *Fatehi* as in *Kamloops*, the straws in the wind, if I may call them that, seem to incline against the exclusionary rule. Thus in *Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. v. Cummer-Yonge Investments Ltd.*, [1976] 2 S.C.R. 221, Pigeon J., writing for four Judges, said of the *Rivtow* decision, in which he had been part of the majority, (at page 252):

It is now settled by the judgment of this Court in *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works* that recovery for economic loss caused by negligence is allowable without any recovery for property damage.

He therefore held in *Agnew-Surpass* that an exculpatory clause for a lessee should be narrowly interpreted so as to leave the lessee liable for a loss of rental income on the part of the owner-landlord

[TRANSLATION] Toutefois, même si j'ai raison de soutenir qu'il s'agit d'une action en indemnisation d'un préjudice purement financier, je ne peux pas dire en l'état actuel du droit que le juge de première instance avait manifestement tort de permettre l'indemnisation. Je préfère donc fonder mon jugement sur le deuxième motif d'appel de l'appelant.

En appel, la Cour suprême du Canada a statué à l'unanimité qu'il ne s'agissait pas du tout d'un cas de préjudice financier mais d'un cas de dommages directs aux biens du demandeur occasionnés par la négligence du défendeur. La Cour suprême a considéré que les juges formant la majorité en Cour d'appel avaient sursis au jugement en ce qui concerne le préjudice purement financier (précité, à la page 544):

Le droit canadien demeure, comme l'ont dit les juges de la majorité en Cour d'appel, quelque peu incertain à cause de l'arrêt de cette Cour dans l'affaire *Rivtow Marine*, précité.

La Cour suprême était d'avis que le droit n'était pas figé et qu'il devait le rester pour l'instant (à la page 545):

Néanmoins, il faut reconnaître que l'arrêt *Rivtow* a été appliqué ou rejeté de diverses manières par les tribunaux canadiens dont certains concluent que le jugement de la majorité reconnaît le préjudice financier et certains concluent le contraire. Il n'est pas possible de dire si le droit du Canada qui se dégage des précédents jusqu'à ce jour, envisage la réparation d'un préjudice purement financier au sens de l'arrêt *Junior Books*, précité, de la Chambre des lords.

À mon avis, il n'est pas nécessaire en l'espèce de trancher cette question parce que . . . il ne s'agit pas d'un cas de préjudice financier mais de dommages directs à la propriété du demandeur occasionnés par la négligence de l'intimé.

Bien que la question n'ait pas été tranchée de façon précise par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Fatehi* tout comme dans l'arrêt *Kamloops*, les indications des choses à venir, si je peux parler ainsi, semblent aller à l'encontre de la règle de l'exclusion. Ainsi dans l'arrêt *Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. c. Cummer-Yonge Investments Ltd.*, [1976] 2 R.C.S. 221, le juge Pigeon, au nom de quatre juges, a dit au sujet de la décision *Rivtow*, dans laquelle il s'était rallié à la majorité (à la page 252):

Il est maintenant établi, par l'arrêt de cette Cour *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works*, que le recouvrement de la perte économique causée par la négligence est admis même sans recouvrement pour dommages matériels.

Il a donc jugé dans l'arrêt *Agnew-Surpass* qu'une clause disculpatoire en faveur d'un locataire devrait être interprétée strictement de façon à laisser le locataire responsable de la perte d'un

of a shopping centre where a fire had been caused through his negligence.

Similarly, in *Haig v. Bamford et al.*, [1977] 1 S.C.R. 466, a case where the Supreme Court allowed recovery against accountants who had failed to use reasonable care in the preparation of accounts, Dickson J. (as he then was) wrote for six of the nine Judges (at page 483) with no words of qualification, "Recovery for economic loss caused by negligence has been allowed in *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works*".

Moreover, it was argued with some justification by the respondent on the present appeal that Madam Justice Wilson's emphasis in *Kamloops* in a series of rhetorical questions summarizing the reassessment of the exclusionary rule implied her own favourable answers to the questions (at pages 28-29):

It took the decision of the House of Lords in *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, *supra*, to spark a review and reassessment of the economic loss rule by legal scholars and judges, and this review has been going on now for almost two decades. How, it is asked, can one justify to injured plaintiffs the difference in treatment the law accords to physical and to economic loss caused by a defendant's negligent acts? In one you are compensated by the wrongdoer: in the other you have to bear the loss yourself. Does it make sense to permit the recovery of economic loss for negligent words but not for negligent acts? What is the significant difference between them? Why, if economic loss is reasonably foreseeable as a consequence of negligent acts, should it not be as recoverable as reasonably foreseeable physical injury to persons or to property? And should Chief Judge Cardozo's fear of indeterminate liability to an indeterminate class preclude recovery by a very specific plaintiff in a very specific amount? Can a policy consideration which leads to a manifest injustice in certain types of cases be a good policy consideration? Is there some *rationale* whereby injustice in specific cases can be avoided and Chief Judge Cardozo's fear guarded against at the same time?

Two other recent Supreme Court of Canada decisions are relevant. In *B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 S.C.R. 228, where a courier was unaware that an envelope contained a Crown grant that had to be registered within a stipulated time, it was held by the Court that there was no duty of care as required by the first *Anns* proposition. Nevertheless, Estey J. widely surveyed the

revenu de location pour le propriétaire-locateur d'un centre commercial où l'incendie était dû à sa négligence.

De même, dans l'arrêt *Haig c. Bamford et autres*, [1977] 1 R.C.S. 466, où la Cour suprême a permis l'indemnisation à l'encontre de comptables qui n'avaient pas apporté l'application normale à la préparation des comptes, le juge Dickson (tel était alors son titre) a dit sans réserve, au nom de six des neuf juges de la Cour (à la page 483): «Dans l'affaire *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works*, l'indemnisation de pertes économiques causées par la négligence a été accordée».

En outre, l'intimée dans le présent appel a allégué non sans raison que l'accent mis par madame le juge Wilson dans l'arrêt *Kamloops* dans une série de questions pour la forme résumant la réévaluation de la règle d'exclusion laissait supposer qu'elle répondrait aux questions de façon favorable (aux pages 28 et 29):

Il a fallu l'arrêt de la Chambre des lords *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, précité, pour amorcer une révision et une réévaluation de la règle relative à la perte financière par les auteurs juridiques et les juges; cette révision se poursuit maintenant depuis presque vingt ans. Comment, se demande-t-on, expliquer aux demandeurs lésés le traitement différent que réserve le droit aux pertes matérielles et aux pertes financières dues aux actes fautifs d'un défendeur? Dans un cas, on est indemnisé par l'auteur du dommage alors que, dans l'autre, il faut assumer la perte soi-même. Est-il logique d'autoriser l'indemnisation d'une perte financière pour des paroles fautives et non pour des actes fautifs? En quoi diffèrent-ils sensiblement? Si la perte financière est raisonnablement prévisible comme conséquence d'actes fautifs, ne devrait-elle pas donner lieu à indemnisation tout comme les blessures ou les dommages matériels raisonnablement prévisibles? La crainte exprimée par le juge en chef Cardozo d'une responsabilité indéterminée envers une catégorie indéterminée devrait-elle empêcher l'indemnisation d'un demandeur bien déterminé pour un montant très précis? Une considération de politique qui entraîne une injustice évidente dans certains genres de causes peut-elle être valable? Y a-t-il un raisonnement quelconque qui permette d'éviter l'injustice dans des cas précis et, en même temps, de parer à la crainte exprimée par le juge en chef Cardozo?

Il y a deux autres décisions récentes de la Cour suprême du Canada qui sont pertinentes. Dans l'affaire *B.D.C. Ltd. c. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 R.C.S. 228, dans laquelle un messenger ignorait qu'une enveloppe contenait une concession de Sa Majesté qui devait être enregistrée dans un délai prescrit, la Cour a jugé qu'il n'y avait pas d'obligation de prudence comme l'exigeait la pre-

law of negligence and pure economic loss, taking the same view as Pigeon J. in *Agnew-Surpass of Rivotow Marine* (at pages 239-240):

In *Rivotow Marine Ltd. v. Washington Iron Works*, [1974] S.C.R. 1189, this Court divided on some aspects of the issue of negligently caused economic loss, but both the majority and the dissenting judgments recognized that, in principle, a defendant could be held liable in tort for economic losses arising wholly in the absence of associated physical injury or damage. *Rivotow* concerned the liability of the manufacturer of a defectively made crane to the crane's ultimate consumer, for the cost of the repairs and for profits lost while the crane was out of service. The case therefore raised issues of products liability and bears little resemblance to *Hedley Byrne*, *supra*, and the cases following it. Consistently with the cases cited *supra*, however, both Ritchie J. for the majority and Laskin J., as he then was, in dissent referred to the need to find sufficient proximity between the parties to the action.

Estey J. stressed the necessity of a "proximity" test throughout, ostensibly in relation to the first *Anns* principle, but often in contexts (e.g. *Junior Books*) where it could reasonably be applied to the second *Anns* proposition.

The other Supreme Court case is *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147, where the principal issue was whether a solicitor could be liable to a client in tort as well as in contract. Le Dain J. delivered the reasons for decision of the Court and on the relevant point said (at page 206):

3. A concurrent or alternative liability in tort will not be admitted if its effect would be to permit the plaintiff to circumvent or escape a contractual exclusion or limitation of liability for the act or omission that would constitute the tort. Subject to this qualification, where concurrent liability in tort and contract exists the plaintiff has the right to assert the cause of action that appears to be most advantageous to him in respect of any particular legal consequence.

Where there is no question of a contractual exclusion, it was thus held that the principle of *Hedley Byrne* should be applied.

mière proposition énoncée dans l'arrêt *Anns*. Néanmoins, le juge Estey a passé en revue le droit relatif à la négligence et au préjudice purement financier et a adopté à l'égard de l'arrêt *Rivotow Marine* la même opinion que le juge Pigeon dans l'arrêt *Agnew-Surpass* (aux pages 239-240):

Dans l'arrêt *Rivotow Marine Ltd. c. Washington Iron Works*, [1974] R.C.S. 1189, cette Cour n'a pas été unanime sur certains aspects de la question du préjudice financier causé par négligence, mais les juges formant la majorité et les juges dissidents ont reconnu que, en principe, un défendeur pouvait encourir une responsabilité délictuelle pour des préjudices financiers qui ne résultent aucunement de dommages ou de préjudices matériels connexes. L'arrêt *Rivotow* portait sur la responsabilité du fabricant d'une grue défectueuse envers l'utilisateur ultime de la grue, pour ce qui est du coût des réparations et des bénéfices perdus alors que la grue était hors d'usage. Par conséquent, l'affaire a soulevé des questions de responsabilité à l'égard de produits et ressemble peu à l'arrêt *Hedley Byrne*, précité, et aux affaires qui l'ont suivi. Toutefois, conformément à la jurisprudence précitée, le juge Ritchie au nom de la majorité et le juge Laskin (alors juge puîné), dissident, ont mentionné qu'il était nécessaire d'établir l'existence d'un lien suffisamment étroit entre les parties à l'action.

Le juge Estey a souligné qu'il faut toujours recourir au critère fondé sur le «lien étroit», en se reportant manifestement au premier principe formulé dans l'arrêt *Anns*, mais souvent dans des contextes (par ex. l'arrêt *Junior Books*) où il pourrait raisonnablement s'appliquer à la deuxième proposition énoncée dans l'arrêt *Anns*.

L'autre décision de la Cour suprême est *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147, dans laquelle la question principale était de savoir si un avocat pouvait encourir envers un client une responsabilité délictuelle tout autant qu'une responsabilité contractuelle. Le juge Le Dain a rédigé les motifs du jugement de la Cour et a dit sur le point en question (à la page 206):

3. Une responsabilité délictuelle concurrente ou alternative ne sera pas admise si elle a pour effet de permettre au demandeur de contourner ou d'éviter une clause contractuelle d'exonération ou de limitation de responsabilité pour l'acte ou l'omission qui constitue le délit civil. Sous réserve de cette restriction, chaque fois qu'il existe simultanément une responsabilité délictuelle et une responsabilité résultant d'un contrat, il est loisible au demandeur de se prévaloir de la cause d'action qui lui paraît la plus avantageuse à l'égard d'une conséquence juridique donnée.

Il a donc été statué que, lorsqu'il n'est pas question de clause contractuelle d'exclusion, le principe de l'arrêt *Hedley Byrne* devrait s'appliquer.

These two cases add nothing directly with respect to the exclusionary rule, but it seems to me that both point in the direction of limiting it. *B.D.C.* [at page 239] approves a broad statement that, on the basis of *Rivtow Marine*, “a defendant could be held liable in tort for economic losses arising wholly in the absence of associated physical injury or damage”. *Central Trust* [at page 206] would support the exclusionary rule only where otherwise the plaintiff could “circumvent or escape a contractual exclusion or limitation of liability”.

There was one case in which this Court considered the issue of recovery for pure economic loss: *Baird v. The Queen in right of Canada*, [1984] 2 F.C. 160 (C.A.). In that case, the Trial Judge [(1982), 135 D.L.R. (3d) 371] had struck out the statement of claim as disclosing no cause of action on the ground that a claim for compensation for economic loss was not within the scope of Crown liability when the statutory duties in issue were imposed upon the Minister of Finance and the Superintendent of Insurance. In reversing, Mr. Justice Le Dain said for the majority of the Court (at page 183):

The next question is whether, if there were a duty of care owed by the Minister of Finance or the Superintendent of Insurance to the appellants and a breach of that duty, there could in principle be recovery for purely economic loss. Counsel for the Crown contended that the kinds of cases in which there could be recovery for economic loss that is not consequential upon personal injury or property damage were limited to those represented by *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465 (H.L.) and *Rivtow Marine, supra*: negligent misrepresentation, and negligent failure to warn of a dangerous defect in a product. There is in my opinion nothing in subsequent judicial commentary on this question which suggests that recovery for purely economic loss is to be limited in principle to these categories of cases. In *Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. v. Cummer-Yonge Investments Ltd.*, [1976] 2 S.C.R. 221 at page 252 there was the following general reference to the significance of *Rivtow Marine*: “It is now settled by the judgment of this Court in *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works et al.* ([1974] S.C.R. 1189) that recovery for economic loss caused by negligence is allowable without any recovery for property damage.” It would appear that whether such recovery will be permitted in a particular case of negligence will depend on the application of general principles or considerations not confined to certain categories or types of cases. These principles and considerations are very

Ces deux affaires n’ajoutent rien directement en ce qui concerne la règle d’exclusion, mais il me semble que toutes deux tendent à la limiter. L’arrêt *B.D.C.* [à la page 239] confirme une déclaration générale selon laquelle, sur le fondement de l’arrêt *Rivtow Marine*, «un défendeur pouvait encourir une responsabilité délictuelle pour des préjudices financiers qui ne résultent aucunement de dommages ou de préjudices matériels connexes». L’arrêt *Central Trust* [à la page 206] supporterait la règle d’exclusion seulement lorsque, sans cela, le demandeur pourrait «contourner ou ... éluder une clause contractuelle d’exonération ou de limitation de responsabilité».

Il y a eu une affaire dans laquelle notre Cour a examiné la question de l’indemnisation du préjudice purement financier: *Baird c. La Reine du chef du Canada*, [1984] 2 C.F. 160 (C.A.). Dans cette affaire-là, le juge de première instance [(1982), 135 D.L.R. (3d) 371] avait radié la déclaration en concluant qu’elle ne révélait aucune cause d’action pour le motif qu’une demande d’indemnisation d’un préjudice financier n’entraî pas dans le champ de la responsabilité de la Couronne lorsque les obligations légales en question incombaient au ministre des Finances et au surintendant des assurances. En infirmant la décision en appel, le juge Le Dain a déclaré au nom des juges formant la majorité (à la page 183):

La question suivante est de savoir si, en principe, une perte purement économique pourrait donner ouverture à une action en recouvrement, si on suppose que le ministre des Finances ou le surintendant des assurances avait une obligation de prudence envers les appelants et qu’il ne s’est pas acquitté de cette obligation. L’avocat de la Couronne a soutenu que les cas où une perte économique qui ne découle pas d’une blessure ou d’un dommage matériel pourrait donner ouverture à une action en recouvrement se limitaient à ceux qui ont été décrits dans les affaires *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465 (H.L.) et *Rivtow Marine, précitée*: fausse représentation délictuelle et omission délictuelle de signaler une défectuosité dangereuse d’un produit. À mon avis, aucune décision judiciaire subséquente portant sur cette question ne laisse entendre qu’en principe, il ne pourrait y avoir recouvrement à la suite d’une perte purement économique que dans ces cas. Dans l’affaire *Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. c. Cummer-Yonge Investments Ltd.*, [1976] 2 R.C.S. 221, à la page 252, voici l’observation générale qui a été faite au sujet de la portée de l’affaire *Rivtow Marine*: «Il est maintenant établi, par l’arrêt de cette Cour *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works et al.* ([1974] R.C.S. 1189) que le recouvrement de la perte économique causée par la négligence est admis même sans recouvrement pour dommages matériels.» Il semble que la question de savoir si un tel recouvrement sera autorisé dans un

fully examined in *Caltex Oil, supra*, which was itself an example of recovery for purely economic loss in a case which did not fall within the *Hedley Byrne* and *Rivtow Marine* categories. Whether the question is to be approached from the point of view of duty of care or remoteness of damage or generally as a policy question it is not plain and obvious to me at this stage that the possibility of such recovery in the present case should be excluded as a matter of principle.

Again, this is something less than a decisive authority, but it is significant that the Court looked on the rule as broader than would be encompassed in the categories of cases represented by *Hedley Byrne* and *Rivtow Marine*, and believed that “whether such recovery will be permitted in a particular case of negligence will depend on the application of general principles or considerations not confined to certain categories or types of cases,” such as were set out in *Caltex*.

There are also three cases in the Trial Division, *Gypsum Carrier Inc. v. The Queen*, [1978] 1 F.C. 147; *Bethlehem Steel Corporation v. St. Lawrence Seaway Authority*, [1978] 1 F.C. 464; and *Interocean Shipping Company v. The Ship Atlantic Splendour*, [1984] 1 F.C. 931. The *Gypsum Carrier* case not only involved a ship collision with the same bridge as in the case at bar but is on all fours with it save that there seems to have been scant evidence as to foreseeability and no argument made as to the proximity of railway property. Having found that the railway had neither easements nor any lesser proprietary interests in the bridge, Collier J. stated (at page 158):

I am satisfied that, in this case, the absence of physical damage to any property of the railway companies does not, by itself, preclude recovery for the additional expense the railway companies incurred (the economic loss).

Nevertheless, he found that the action failed on the first *Anns* principle, viz., that on the evidence no duty of reasonable care had been established.

cas particulier de négligence dépend de l'application de principes ou de considérations d'ordre général, sans qu'il faille se limiter à certaines catégories ou à certains types de cas. Ces principes et ces considérations sont très bien expliqués dans l'affaire *Caltex Oil*, précitée, qui elle-même constituait un exemple de recouvrement résultant d'une perte purement économique dans un cas qui ne faisait pas partie des catégories mentionnées dans les causes *Hedley Byrne* et *Rivtow Marine*. Que la question soit abordée du point de vue de l'obligation de prudence ou du degré d'éloignement du dommage ou, en général, comme une question de principe, il ne me paraît pas évident à ce stade-ci qu'on doive, en principe, exclure la possibilité d'un tel recouvrement dans le présent cas.

Encore une fois, on ne peut pas dire que ce soit une décision concluante, mais il est significatif que la Cour ait considéré la règle comme étant plus large que celle qui s'appliquerait aux catégories de cas représentées par *Hedley Byrne* et *Rivtow Marine* et ait cru que «la question de savoir si un tel recouvrement sera autorisé dans un cas particulier de négligence dépend de l'application de principes ou de considérations d'ordre général, sans qu'il faille se limiter à certaines catégories ou à certains types de cas», comme ceux qui ont été exposés dans l'arrêt *Caltex*.

Il y a également trois jugements rendus par la Section de première instance, *Gypsum Carrier Inc. c. La Reine*, [1978] 1 C.F. 147; *Bethlehem Steel Corporation c. L'Administration de la voie maritime du St-Laurent*, [1978] 1 C.F. 464; et *Interocean Shipping Company c. Navire Atlantic Splendour*, [1984] 1 C.F. 931. L'affaire *Gypsum Carrier* concernait non seulement une collision entre un navire et le même pont qu'en l'espèce mais va de pair avec celle-ci, sauf qu'il semble y avoir eu insuffisance de preuve quant à la prévisibilité et qu'aucune allégation ne semble avoir été présentée quant à l'existence d'un lien étroit avec les biens de la compagnie ferroviaire. Ayant conclu que la compagnie ferroviaire n'avait ni droit de passage ni droit de propriété moindre sur le pont, le juge Collier a déclaré (à la page 158):

En l'espèce, je crois que l'absence de dommages matériels aux biens des compagnies de chemin de fer n'empêche pas en elle-même le recouvrement des dépenses additionnelles encourues par lesdites compagnies (la perte économique).

Néanmoins, il a conclu que l'action n'était pas fondée en ce qui concerne le premier principe énoncé dans l'arrêt *Anns*, c'est-à-dire qu'aucune obligation de prudence raisonnable n'a été établie en preuve.

In *Bethlehem Steel*, a ship had collided with and destroyed a bridge over the Welland Canal. One claim was for the loss of profits of ships held up by the obstruction in the Canal, a second for the extra cost of shipping cargo from Toronto rather than through the Canal. Addy J. disallowed recovery, holding that the relationship between the claimants and the damaged object had been much closer in the *Gypsum Carrier* case, where (at page 470) “the damaged object was the very thing which was used by the claimants and they at least had certain contractual rights covering it.” In the case at bar, he distinguished his previous decision in *Bethlehem Steel* as follows (at page 26 C.C.L.T.):

In that decision, I did indeed approve and apply the floodgates rule and made no mention of alternatives. However, an examination of the facts of that case indicates quite clearly that no circumstances whatsoever were present which might have been capable of prevailing over the very practical objections which constitute the raison d'être of that exclusionary rule.

In *Interocean Shipping*, where the *Atlantic Splendour* overstayed at a dock because of mechanical difficulties delaying four other ships scheduled to take on iron ore at the same dock, on a stated case Dubé J. stated the law as follows (at pages 936-937):

My assessment of the present state of the developing jurisprudence on this vexed question of pure economic loss is that there need not be physical injury for the plaintiff to recover, provided: firstly, there was a duty owing by the defendant to the plaintiff; secondly, there was a breach of that duty; thirdly, the economic losses flowed directly from the defendant's negligence; and fourthly, the consequences were reasonably foreseeable.

He went on to distinguish the *Gypsum Carrier* case on the facts (at page 938):

Those in charge of the vessel in the *Gypsum* case could not, of course, have foreseen the rerouting of trains as they were heading for the railway bridge. Similarly, the navigators in the *Bethlehem Steel* case did not know they were about to disrupt ship schedules on the canal. But those in charge of the *M/V Atlantic Splendour* purposely kept the vessel moored at the dock, when they could have had her towed away immediately. They could have prevented the economic damage to the other vessels, but for their own reasons chose not to do so. They

Dans l'affaire *Bethlehem Steel*, un navire avait frappé et détruit un pont enjambant le canal Welland. Une première demande d'indemnisation concernait la perte de profits des navires immobilisés par l'obstruction du canal, une seconde portait sur les frais supplémentaires engagés pour l'expédition des marchandises depuis Toronto plutôt que par la voie du canal. Le juge Addy n'a pas permis l'indemnisation, en statuant que le lien entre les réclamants et l'objet endommagé avait été beaucoup plus étroit dans l'affaire *Gypsum Carrier*, dans laquelle (à la page 470) «les réclamants faisaient usage de l'objet endommagé et ils avaient au moins certains droits contractuels le couvrant». En l'espèce, il a fait la distinction suivante avec la décision qu'il avait rendue antérieurement dans l'affaire *Bethlehem Steel* (à la page 26 C.C.L.T.):

Dans cette cause-là, j'ai effectivement approuvé et appliqué la règle de l'avalanche des procédures et je n'ai pas fait mention de solutions de rechange. Toutefois, un examen des faits dans cette affaire-là indique bien clairement l'absence de toutes circonstances pouvant l'emporter sur les objections très pratiques qui constituent la raison d'être de cette règle d'exclusion.

Dans l'affaire *Interocean Shipping*, dans laquelle le navire *Atlantic Splendour* avait excédé la durée fixée pour rester à quai en raison de problèmes mécaniques et avait ainsi retardé quatre autres navires qui devaient prendre à leur bord du minerai de fer au même quai, le juge Dubé a énoncé le droit de la façon suivante dans un exposé de la cause (aux pages 936-937):

Selon mon appréciation de l'état actuel de l'évolution de la jurisprudence sur cette question controversée de la perte purement économique, il n'est pas nécessaire que le demandeur subisse un préjudice matériel pour recouvrer des dommages. Il suffit, premièrement, que le défendeur ait une obligation envers le demandeur; deuxièmement, qu'il y ait eu manquement à cette obligation; troisièmement, que les pertes économiques découlent directement de la négligence du défendeur; et quatrièmement, que les conséquences aient été raisonnablement prévisibles.

Puis il a fait une distinction avec l'affaire *Gypsum Carrier* en ce qui concerne les faits (à la page 938):

Les responsables du navire dans l'affaire *Gypsum* ne pouvaient naturellement pas prévoir la modification du parcours des trains à l'approche du pont de chemins de fer. De même les marins, dans l'affaire *Bethlehem Steel* ne pouvaient savoir qu'ils étaient sur le point de chambarder l'horaire de la navigation sur le canal. Mais les responsables du *M/V Atlantic Splendour* ont intentionnellement maintenu le navire accosté alors qu'ils auraient dû le faire remorquer immédiatement. Ils auraient pu éviter la perte économique qu'ont subie les autres

knew, or ought to have known, that they were monopolizing the only available berth. They saw, or ought to have seen, the other vessels sitting idle in the water. It is not beyond the ken of reasonable seamen to foresee that vessels in waiting suffer economic losses. The procrastination of the defendant, admitted or to be proven at trial, was the direct, foreseeable cause of the economic losses suffered by the plaintiffs.

Provincial appeal courts in three provinces have denied the exclusionary rule. The most forthright statement is that of Lambert J.A. for the British Columbia Court of Appeal in *Nicholls v. Township of Richmond et al.* (1983), 145 D.L.R. (3d) 362, at page 367,⁹ on a motion to strike out a pleading in a wrongful dismissal case based on negligently inducing a breach of contract:

So the question in this case becomes: Is there a legal policy that denies recovery, as a matter of principle, where, in a relationship of proximity that may exist between officers and employees of a corporation, an act, omission or misstatement occurs, and the perpetrator should reasonably have foreseen that it would result directly in economic loss to a fellow employee, as, for example, by dismissal from employment? I am not persuaded that there is or should be such a general legal policy. In particular cases recovery may be denied as a matter of policy, but the policy would be a narrower one, applicable on the basis of facts that are not as yet revealed in this case. I reach no conclusion now as to the existence or scope of such a narrower policy.

In my opinion, such cases as *Cattle v. Stockton Waterworks Co.* (1875), L.R. 10 Q.B. 453, and *Weller & Co. v. Foot & Mouth Disease Research Institute*, [1965] 3 All E.R. 560, should be seen as specific examples of a denial of recovery on the basis of absence of proximity, or remoteness of damage, or both, and not as establishing a principle that damages can never be recovered for economic loss if the loss arises from the breach of a contractual relationship between one victim who suffers economic loss and another victim who suffers physical injury. The answer to such problems lies not in a uniform denial of recovery but in an application of the customary and

⁹ In the disapproving view of Dean Peter J. Burns, "Recent Developments in Negligence Law", *Negligence Law in the 1990's*, (Vancouver: The Continuing Legal Society of British Columbia, (1985), at p. 1.1.10, "the combined effect of *Nielson* and *Nicholls* . . . is the creation of a vastly expanded area and range of potential civil liability that must ultimately increase the costs of public and private activities and in many cases even deter desirable undertakings in the commercial and public sectors".

navires, mais pour des raisons qui leur sont propres ils ont choisi de ne pas le faire. Ils savaient ou auraient dû savoir qu'ils monopolisaient le seul quai disponible. Ils ont vu ou auraient dû voir les autres navires qui mouillaient au large. Il n'est pas hors de la portée de marins raisonnables de prévoir que des navires à l'arrêt subissent des pertes économiques. La lenteur du défendeur, qu'elle soit admise ou prouvée au procès, a été la cause directe et prévisible des pertes économiques subies par les demanderesse.

Les cours d'appel de trois provinces ont rejeté la règle d'exclusion. La déclaration la plus directe émane du juge Lambert de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Nicholls v. Township of Richmond et al.* (1983), 145 D.L.R. (3d) 362, à la page 367⁹, à l'occasion d'une requête en radiation d'une plaidoirie dans une affaire de renvoi injustifié fondé sur le fait qu'on avait causé par négligence l'inexécution d'un contrat:

[TRANSDUCTION] Dans la présente affaire, la question devient donc la suivante: Y a-t-il une règle juridique qui interdit l'indemnisation, en principe, lorsque, en présence d'un lien étroit qui peut exister entre les dirigeants et les employés d'une compagnie, un acte, une omission ou une déclaration inexacte survient et que son auteur aurait dû raisonnablement prévoir qu'il entraînerait directement un préjudice financier pour un camarade de travail, comme, par exemple, son congédiement? Je ne suis pas persuadé qu'il existe ou devrait exister une telle règle juridique générale. Dans des cas particuliers, l'indemnisation peut être refusée comme question de principe, mais il s'agirait d'une règle plus stricte, applicable sur la base de faits qui ne sont pas encore divulgués dans la présente affaire. Je ne tire aucune conclusion maintenant en ce qui concerne l'existence ou la portée d'une telle règle plus stricte.

À mon avis, des décisions telles que *Cattle v. Stockton Waterworks Co.* (1875), L.R. 10 Q.B. 453, et *Weller & Co. v. Foot & Mouth Disease Research Institute*, [1965] 3 All E.R. 560, devraient être considérées comme des exemples précis de refus d'indemnisation en raison de l'absence d'un lien étroit, ou de l'éloignement des dommages, ou des deux à la fois, et non comme établissant un principe selon lequel des dommages-intérêts ne peuvent jamais être obtenus pour préjudice financier si le préjudice résulte de la rupture d'un lien contractuel entre une victime qui subit un préjudice financier et une autre fin subit des dommages matériels. La réponse à de tels problèmes réside non pas dans un refus constant de l'indemnisation mais dans l'application des questions ordinaires et parfois difficiles qui se

⁹ Dans l'avis défavorable du doyen Peter J. Burns formulé dans «Recent Developments in Negligence Law», *Negligence Law in the 1990's*, (Vancouver, The Continuing Legal Education Society of British Columbia, (1985), à la p. 1.1.10, [TRANSDUCTION] «les arrêts *Nielson* et *Nicholls* ont pour effet combiné . . . de créer un champ très étendu de responsabilité civile potentiel qui doit à la fin accroître les coûts d'activités publiques et privée et, dans de nombreux cas, décourager des engagements souhaitables dans les secteurs commercial et public».

sometimes difficult questions relating to proximity, foreseeability, causation and remoteness.

Suppose an airline has a policy of discharging pilots who suffer from a medical disability and requires its pilots to undergo a medical examination each year by a doctor, selected by the airline, who knows the purpose of the examination. Suppose the doctor carelessly and incorrectly diagnoses a disability and the pilot is discharged. Would the pilot, as a matter of legal policy, be denied a cause of action against the doctor? I do not think so. Yet the loss suffered by the pilot would be economic loss arising from the doctor's negligent interference with the pilot's contractual relations with the airline. I leave unanswered the question of what difference it would make, if any, if the doctor was a salaried employee of the airline.

In *Maughan and Maughan v. International Harvester Company of Canada Limited* (1980), 38 N.S.R. (2d) 101 (C.A.), although denying an action against a manufacturer for a breach of warranty on defective goods to a user who bought from a dealer without an express warranty, the Nova Scotia Court of Appeal was prepared to find the manufacturer liable to the user for economic loss caused by negligence. MacKeigan C.J.N.S., for the Court, interpreted *Rivtow Marine* in the light of the comments by Pigeon J. in *Agnew-Surpass* and Dickson J. [as he then was] in *Haig*, and said (at page 109):

I need not strain . . . to find factual similarity with *Rivtow*. Mr. Justice Ritchie rejected the idea of any special rule restricting recovery of economic loss in negligence cases.

In *Yumerovski et al. v. Dani* (1977), 18 O.R. (2d) 704 (Co. Ct.), affd (1979), 120 D.L.R. (3d) 768 (Ont. C.A.), where the negligent driving of a travel agent taking members of a family to their charter flight caused the death of one of the passengers, leading the other members of the deceased's family to forgo the trip, they sued for the cost of the tickets, and the Trial Judge allowed recovery, following *Caltex*. On appeal, MacKinnon A.C.J.O. concisely stated for the Ontario Court of Appeal (at page 768):

Because of the special relationship between the parties which was established by the defendant's undertaking, as part of the inducement to the plaintiffs to purchase the airline tickets from

rappellent au lien étroit, à la prévisibilité, à la relation de cause à effet et à l'éloignement.

Supposons qu'une compagnie aérienne a comme règle de renvoyer les pilotes qui souffrent d'une incapacité sur le plan de la santé et exige que ses pilotes se soumettent chaque année à un examen médical effectué par un médecin, choisi par elle, qui connaît le but visé par l'examen. Supposons que le médecin, sans faire attention et à tort, diagnostique une incapacité et que le pilote est congédié. Celui-ci se verrait-il privé d'une cause d'action contre le médecin à cause d'une règle juridique? Je ne le crois pas. Cependant le préjudice subi par le pilote serait un préjudice financier résultant de l'intervention négligente du médecin dans les rapports contractuels existant entre le pilote et la compagnie aérienne. Je m'abstiens de répondre à la question de savoir quelle différence cela ferait, selon le cas, si le médecin était un employé salarié de la compagnie aérienne.

Dans l'arrêt *Maughan and Maughan v. International Harvester Company of Canada Limited* (1980), 38 N.S.R. (2d) 101 (C.A.), malgré le rejet d'une action intentée contre un fabricant pour non-respect de la garantie sur des marchandises défectueuses à l'égard d'un usager qui les avait achetées d'un vendeur sans garantie expresse, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse était disposée à tenir le fabricant responsable envers l'usager du préjudice financier causé par sa négligence. Le juge en chef MacKeigan a, au nom de la Cour, interprété l'arrêt *Rivtow Marine* à la lumière des remarques faites par le juge Pigeon dans l'arrêt *Agnew-Surpass* et par le juge Dickson [tel était alors son titre] dans l'arrêt *Haig* et a dit (à la page 109):

[TRADUCTION] Je n'ai pas à faire un gros effort . . . pour trouver des faits similaires à ceux de l'affaire *Rivtow*. Le juge Ritchie a rejeté l'idée d'une règle spéciale restreignant l'indemnisation du préjudice financier dans les cas de négligence.

Dans l'affaire *Yumerovski et al. v. Dani* (1977), 18 O.R. (2d) 704 (C. Cté), conf. par (1979), 120 D.L.R. (3d) 768 (C.A. Ont.), dans laquelle un agent de voyages qui conduisait des membres d'une même famille à leur avion nolisé avait, par sa conduite négligente, causé la mort de l'un des passagers, accident ayant amené les autres membres de la famille du défunt à renoncer au voyage, ceux-ci avaient poursuivi afin de recouvrer le prix des billets, et le juge de première instance avait autorisé l'indemnisation en appliquant l'arrêt *Caltex*. En appel, le juge en chef adjoint MacKinnon a déclaré brièvement au nom de la Cour d'appel de l'Ontario (à la page 768):

[TRADUCTION] En raison du lien spécial établi entre les parties par l'engagement du défendeur, dans le cadre des mesures visant à inciter les demandeurs à acheter les billets de

him, to drive one or more of the members of this limited and closely knit family group to the airport, and for the reasons given by the trial Judge, the appeal is dismissed with costs.

lui, de conduire à l'aéroport un ou plusieurs des membres de ce groupe familial limité et étroitement lié, et pour les motifs donnés par le juge de première instance, l'appel est rejeté avec dépens.

There are a number of other cases in which lower courts have allowed recovery for economic loss in the absence of property damage: *University of Regina v. Pettick et al.* (1986), 51 Sask. R. 270 (Q.B.); *Dominion Tape of Canada Ltd. v. L. R. McDonald & Sons Ltd. et al.*, [1971] 3 O.R. 627 (Co. Ct.); *Smith et al. v. Melancon*, [1976] 4 W.W.R. 9 (B.C.S.C.); *MacMillan Bloedel Ltd. v. Foundation Company of Canada Ltd.* (1977), 75 D.L.R. (3d) 294 (B.C.S.C.); *Trappa Holdings Ltd. v. District of Surrey et al.* (1978), 95 D.L.R. (3d) 107 (B.C.S.C.); *Gold v. The DeHavilland Aircraft of Can. Ltd.*, [1983] 6 W.W.R. 229 (B.C.S.C.).

^a Il y a un certain nombre d'autres affaires dans lesquelles des tribunaux inférieurs ont accordé une indemnisation pour préjudice financier en l'absence de dommages matériels: *University of Regina v. Pettick et al.* (1986), 51 Sask. R. 270 (B.R.); *Dominion Tape of Canada Ltd. v. L. R. McDonald & Sons Ltd. et al.*, [1971] 3 O.R. 627 (C. cté); *Smith et al. v. Melancon*, [1976] 4 W.W.R. 9 (C.S.C.-B.); *MacMillan Bloedel Ltd. v. Foundation Company of Canada Ltd.* (1977), 75 D.L.R. (3d) 294 (C.S.C.-B.); *Trappa Holdings Ltd. v. District of Surrey et al.* (1978), 95 D.L.R. (3d) 107 (C.S.C.-B.); *Gold v. The DeHavilland Aircraft of Can. Ltd.*, [1983] 6 W.W.R. 229 (C.S.C.-B.).

IV

In my view, this survey of the law leads to the apparent conclusion that in Canada there is no absolute rule preventing recovery for pure economic loss even where there is no physical damage to the plaintiff's property. This it seems to me, is the only possible conclusion to be drawn from *Rivtow Marine, Agnew-Surpass, Haig and Baird*.¹⁰

^e À mon avis, cette revue du droit mène à la conclusion qu'au Canada il n'existe apparemment pas de règle absolue qui empêche l'indemnisation du préjudice purement financier même lorsqu'il n'y a pas de dommages matériels causés aux biens du demandeur. C'est, me semble-t-il, la seule conclusion possible à tirer des arrêts *Rivtow Marine, Agnew-Surpass, Haig et Baird*¹⁰.

What the courts insist upon for liability, again and again from *Hedley Byrne* on, is that there must be a special relationship or sufficient proximity between the plaintiff and the defendant: "sufficient proximity" (Stephen J. in *Caltex* and Estey J. in *B.D.C.*); "proximity" (Lord Roskill in *Junior Books*); "loss . . . not too remote" (Lord Denning, M.R., in *Spartan Steel & Alloys Ltd. v. Martin & Co. (Contractors) Ltd.*, [1973] Q.B. 27 (C.A.) at page 37, as cited by Ritchie J. in *Rivtow*

^g Ce sur quoi les tribunaux ont insisté à plusieurs reprises depuis *Hedley Byrne* pour ce qui concerne la responsabilité, c'est qu'il doit y avoir un lien spécial ou suffisamment étroit entre le demandeur et le défendeur: [TRADUCTION] un «lien suffisamment étroit» (le juge Stephen dans l'arrêt *Caltex* et le juge Estey dans l'arrêt *B.D.C.*); «lien étroit» (lord Roskill dans l'arrêt *Junior Books*); un «préjudice . . . pas trop éloigné» (lord Denning, maître des rôles, dans l'arrêt *Spartan Steel & Alloys Ltd.*

¹⁰ This would also appear to be the situation under Quebec's *Civil Code*. Daniel Jutras, "Civil Law and Pure Economic Loss: What Are We Missing?" (1987), 12 *Can. Bus. L.J.* 295, at p. 309 writes that "there is some evidence that neither Quebec nor France has a *de facto* rule precluding the recovery of pure economic loss." Cf. also the critique of privity of contract, from a comparative law point of view, in B. S. Markesinis, "An Expanding Tort Law—The Price of a Rigid Contract Law" (1987), 103 *L.Q. Rev.* 354.

¹⁰ Ce semblerait être également le cas sous l'empire du *Code civil* du Québec. Dans «Civil Law and Pure Economic Loss: What Are We Missing?» (1987), 12 *Can. Bus. L.J.* 295, à la p. 309, Daniel Jutras écrit que [TRADUCTION] «il existe certains éléments de preuve selon lesquels ni le Québec ni la France n'ont de règle qui interdise *de facto* l'indemnisation du préjudice purement financier». Voir également la critique du rapport contractuel, du point de vue du droit comparé, dans B. S. Markesinis, «An Expanding Tort Law—The Price of a Rigid Contract Law» (1987), 103 *L.Q. Rev.* 354.

Marine.¹¹ I think it is thus latent in the cases that a principle of sufficient proximity is required, in addition to the general principle of reasonable foresight, for liability to arise in the case of pure economic loss.

A possible conceptual difficulty with a sufficient proximity principle is that it may lead to confusion between Lord Wilberforce's two propositions in *Anns*, as it does, arguably, in *B.D.C.* The first proposition in *Anns* [at page 751] flows directly from *Donoghue v. Stevenson*: "whether, as between the alleged wrongdoer and the person who suffered damage there is a sufficient relationship of proximity or neighbourhood".

However, Lord Wilberforce's second proposition, as I see it, does not have to be entirely separate from his first. "[w]hether 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 damages to which a breach of it may give rise" [at page 752] is perhaps not so much a separate question as a reflection on and a deepening of, the answer to the

¹¹ Lord Denning uses a similar phrase "too remote to be recovered as damages" in *S.C.M. (United Kingdom) Ltd. v. W. J. Whittall and Son Ltd.*, [1971] 1 Q.B. 337 (C.A.) at pp. 344-345. He then (at p. 346) offers this summation:

Seeing these exceptional cases you may well ask: How are we to say when economic loss is too remote or not? Where is the line to be drawn? Lawyers are continually asking that question. But the judges are never defeated by it. We may not be able to draw the line with precision, but we can always say on which side of it any particular case falls. The same question might be asked in the case of the escaping borstal boys. If their house masters are negligent, and they escape and do damage, the Home Office are liable to persons in the neighbourhood, but not to those far away. Where, again, is the line to be drawn? Only where "in the particular case the good sense of the judge decides." That is how Lord Wright put it in the case of nervous shock in *Bourhill v. Young* [1943] A.C. 93, 110; and I do not think we can get any nearer than that. But, by building up a body of case law, we shall give guidance to practitioners sufficient for all the ordinary cases that arise.

v. Martin & Co. (Contractors) Ltd., [1973] Q.B. 27 (C.A.), à la page 37, que cite le juge Ritchie dans l'arrêt *Rivtow Marine*¹¹. Je crois que les arrêts indiquent donc, sans que ce soit de façon
a patente, qu'il doit exister un lien suffisamment étroit, en plus du principe général de prévisibilité raisonnable, pour qu'il y ait responsabilité en cas de préjudice purement financier.

b La difficulté qui peut se poser sur le plan conceptuel avec le principe du lien suffisamment étroit est qu'il peut engendrer de la confusion entre les deux propositions présentées par lord Wilberforce dans l'arrêt *Anns*, comme ce serait le cas dans
c l'arrêt *B.D.C.* La première proposition de l'arrêt *Anns* [à la page 751] provient directement de l'arrêt *Donoghue v. Stevenson*: «il faut se demander s'il existe entre l'auteur présumé de la faute et la personne qui a subi le préjudice, un lien suffisamment étroit».

Toutefois, il n'est pas nécessaire, comme je le perçois, que la deuxième proposition de lord Wilberforce soit tout à fait distincte de sa première
e proposition. La question de savoir «s'il existe des considérations qui pourraient restreindre ou limiter la portée de cette obligation, la catégorie de personnes à qui cette obligation bénéficie ou les dommages qui peuvent être causés par l'inexécution de
f cette obligation, ou faire conclure à l'inexistence

¹¹ Lord Denning utilise une expression similaire [TRADUCTION] «trop éloigné pour être recouvré à titre de dommages-intérêts» dans l'arrêt *S.C.M. (United Kingdom) Ltd. v. W. J. Whittall and Son Ltd.*, [1971] 1 Q.B. 337 (C.A.), aux p. 344 et 345. Il présente alors ce résumé (à la p. 346):

[TRADUCTION] En voyant ces cas exceptionnels, vous pouvez bien vous demander: Comment pouvons-nous dire quand le préjudice financier est trop éloigné ou non? Où est la ligne de démarcation? Les avocats posent continuellement cette question. Mais les juges ne sont jamais mis en déroute par elle. Peut-être ne pouvons-nous pas tracer cette frontière avec précision, mais nous pouvons toujours dire de quel côté tombe un cas particulier. La même question pourrait se poser dans le cas des délinquants qui s'évadent. Si leurs surveillants sont négligents et qu'ils s'évadent et causent des dommages, le ministère de l'Intérieur est responsable envers les personnes des environs, mais pas envers celles qui demeurent au loin. Où, encore une fois, doit-on tracer la ligne de démarcation? Seulement où, «dans le cas particulier, le bon sens du juge le décide». C'est ce que dit lord Wright dans le cas d'un choc nerveux dans l'arrêt *Bourhill v. Young* [1943] A.C. 93, à la p. 110; et je ne crois pas que nous puissions aller plus près que cela. Mais, en constituant une jurisprudence, nous donnerons aux praticiens des règles de conduite suffisantes pour tous les cas ordinaires qui se présentent.

first. It can lead to a possible negation of the first, but for reasons that may be intrinsic and already contained in the answer to the first question, even if it is affirmative—because it is not affirmative enough, as it were.

Even where the second question appears to be an entirely separate one, the negative considerations it raises are really all boiled down to the avoidance of “indeterminate” liability, that is, to the necessity of tying any liability down to something determinate. This second issue, it seems to me, may be thought of as measured by the degree of the proximity in the first answer. In other words, while the first question envisions that the parties be neighbours, the second necessitates that they be close neighbours. The first answer may in one sense be said to respond to both questions, even though in my view they are best put separately.

In *Spartan Steel, supra*, at page 36, Lord Denning prefers to express the resolution of liability for economic loss in terms of a pure policy decision:

At bottom I think the question of recovering economic loss is one of policy. Whenever the courts draw a line to mark out the bounds of *duty*, they do it as matter of policy so as to limit the responsibility of the defendant. Whenever the courts set bounds to the *damages* recoverable—saying that they are, or are not, too remote—they do it as matter of policy so as to limit the liability of the defendant.

My own approach is to look to principle rather than to policy, and so to think of the judgment required for liability for pure economic loss, not as a pure policy decision, but as a perception of sufficient proximity, that is, in terms of a measurable determinacy. Mr. Justice Linden, *Canadian Tort Law*, 4th ed., at page 393, suggests that the issue may be resolved by identifying categories of loss:

de l'obligation, de la catégorie de personnes ou de l'obligation de dédommager» [à la page 752] n'est peut-être pas tant une question distincte qu'une réflexion ou un approfondissement de la réponse à la première question. Elle peut mener à une négation de la première, mais pour des raisons qui peuvent être inhérentes et déjà contenues dans la réponse à la première question, même si elle est affirmative—parce qu'elle n'est pas assez affirmative, pour ainsi dire.

Même lorsque la deuxième question semble être tout à fait distincte, les considérations négatives qu'elle soulève se ramènent réellement toutes au soin d'éviter une responsabilité «indéterminée», c'est-à-dire à la nécessité d'astreindre toute responsabilité à quelque chose de déterminé. On peut, me semble-t-il, penser que cette deuxième question se mesure au degré d'étroitesse du lien dont il est question dans la première réponse. En d'autres mots, bien que la première question envisage le fait que les parties soient des proches, la deuxième impose qu'elles soient des proches immédiats. Dans un sens, on pourrait dire que la première réponse répond aux deux questions, même si, à mon avis, il est préférable que celles-ci soient posées séparément.

Dans l'arrêt *Spartan Steel*, précité, à la page 36, lord Denning préfère énoncer la solution concernant la responsabilité à l'égard du préjudice financier sous la forme d'une décision fondée sur une simple ligne de conduite:

[TRADUCTION] Au fond, je crois que la question du recouvrement de la perte économique oblige à définir une ligne de conduite. Lorsque les tribunaux délimitent les bornes du *devoir*, ils établissent un principe visant à cerner la responsabilité de la défenderesse. Lorsqu'ils délimitent le montant des *dommages* recouvrables—les classant comme directs ou indirects—ils donnent une ligne de conduite permettant de déterminer la responsabilité de la défenderesse.

Ma propre démarche consiste à tenir compte du principe plutôt que de la ligne de conduite, et ainsi à considérer le jugement requis en matière de responsabilité quant au préjudice purement financier non pas comme une décision fondée sur une simple ligne de conduite mais comme la perception d'un lien suffisamment étroit, c'est-à-dire en fonction du degré de détermination mesurable. Dans *La responsabilité civile délictuelle*, 4^e éd., à la page 476, le juge Linden laisse entendre qu'on peut résoudre la question en identifiant les catégories de préjudice:

... categories of economic loss cases will have to be identified just as the recurring situations have been isolated in the remoteness area generally. Specific limiting formulae may be adopted to meet the unique loss distribution and indeterminate class problems within each category. The need for compensation, deterrence, education and market deterrence will have to be assessed in each context, such as products liability, negligent statements, utilities, public authorities, etc.

Certainly the factual surroundings are critical in analyzing potential liability.

The best statement I have found of what I believe is the applicable principle, viz., the proximity principle, is by Deane J. of the High Court of Australia in *Sutherland Shire Council v Heyman* (1985), 60 ALR 1, at pages 55-56:

The requirement of proximity is directed to the relationship between the parties in so far as it is relevant to the allegedly negligent act or omission of the defendant and the loss or injury sustained by the plaintiff. It involves the notion of nearness or closeness and embraces physical proximity (in the sense of space and time) between the person or property of the plaintiff and the person or property of the defendant, circumstantial proximity such as an overriding relationship of employer and employee or of a professional man and his client and what may (perhaps loosely) be referred to as causal proximity in the sense of the closeness or directness of the causal connection or relationship between the particular act or course of conduct and the loss or injury sustained. It may reflect an assumption by one party of a responsibility to take care to avoid or prevent injury, loss or damage to the person or property of another or reliance by one party upon such care being taken by the other in circumstances where the other party knew or ought to have known of that reliance. Both the identity and the relative importance of the factors which are determinative of an issue of proximity are likely to vary in different categories of case. That does not mean that there is scope for decision by reference to idiosyncratic notions of justice or morality or that it is a proper approach to treat the requirement of proximity as a question of fact to be resolved merely by reference to the relationship between the plaintiff and the defendant in the particular circumstances. The requirement of a relationship of proximity serves as a touchstone and control of the *categories* of case in which the common law will adjudge that a duty of care is owed. Given the general circumstances of a case in a new or developing area of the law of negligence, the question what (if any) combination or combinations of factors will satisfy the requirement of proximity is a question of law to be resolved by the processes of legal reasoning, induction and deduction. On the other hand, the identification of the content of that requirement in such an area should not be either ostensibly or actually divorced from notions of what is "fair and reasonable"...

... il faudra classer par catégories les affaires de préjudice financier, tout comme dans le domaine plus général de l'éloignement on a groupé les situations les plus fréquentes. Des formules de limitation précises pourront être adoptées pour régler, au sein de chaque catégorie, les problèmes particuliers de l'étalement de la perte ou des cas inclassables. La nécessité d'assurer la réparation, la dissuasion, l'éducation et l'effet dissuasif des forces du marché, devra être analysée dans chaque contexte, que ce soit la responsabilité du fabricant, les déclarations inexactes faites avec négligence, les services publics, l'Administration et ainsi de suite.

Sans aucun doute, le contexte est très important pour l'analyse de la responsabilité éventuelle.

La meilleure déclaration que j'ai trouvée sur ce que je crois être le principe applicable, c'est-à-dire le principe du lien étroit, émane du juge Deane de la Haute Cour de l'Australie dans l'arrêt *Sutherland Shire Council v Heyman* (1985), 60 ALR 1, aux pages 55 et 56:

[TRADUCTION] L'existence nécessaire d'un lien étroit concerne le rapport entre les parties dans la mesure où il a trait à l'acte ou à l'omission prétendument négligente du défendeur et au préjudice ou au dommage subi par le demandeur. Elle implique la notion d'étroitesse du lien et comprend la proximité physique (dans l'espace et le temps) entre la personne ou les biens du demandeur et la personne ou les biens du défendeur, un lien étroit circonstanciel comme des rapports prépondérants entre employeur et employé ou entre un professionnel et son client et ce qui peut (peut-être pas strictement) être mentionné comme un lien étroit de causalité au sens d'étroitesse de la relation de cause à effet entre l'acte ou le comportement particulier et le préjudice ou dommage subi. Cela peut refléter une assumption par l'une des parties de la responsabilité de prendre soin d'éviter ou de prévenir le dommage ou le préjudice à la personne ou aux biens d'une autre ou la croyance de l'une des parties qu'une telle prudence sera montrée par l'autre dans des cas où l'autre partie était ou aurait dû être au courant de cette croyance. La nature et l'importance relative des facteurs qui sont déterminants pour une question de lien étroit sont susceptibles de varier dans les diverses catégories d'affaires. Cela ne veut pas dire qu'on peut trancher la question en se reportant aux notions particulières de justice ou de morale ou que c'est une façon appropriée de traiter la nécessité d'un lien étroit comme une question de fait qui se résoudrait simplement en se reportant au rapport existant entre le demandeur et le défendeur dans les circonstances particulières. L'existence nécessaire d'un lien étroit sert de pierre de touche pour reconnaître les *catégories* d'affaires dans lesquelles la *common law* statuera qu'une partie bénéficiera d'une obligation de prudence. Étant donné les circonstances générales d'une affaire dans un domaine nouveau ou en pleine évolution du droit relatif à la négligence, la question de savoir si une ou des combinaisons de facteurs, le cas échéant, satisferont à la nécessité de l'existence d'un lien étroit est une question de droit qui doit être tranchée en recourant aux processus de raisonnement, d'induction et de déduction sur le plan juridique. Par ailleurs, l'identification du contenu de cette nécessité dans un tel domaine ne doit pas être séparée en apparence ou effectivement des notions de ce qui est «juste et raisonnable»...

I would agree that the requisite proximity can consist of various forms of closeness—physical, circumstantial, causal, assumed—and that “The requirement of a relationship of proximity serves as a touchstone and control of the *categories* of case in which the common law will adjudge that a duty of care is owed.”

In my observation, courts will always find sufficient proximity where there is physical danger to the plaintiff's property. In fact, I believe that might be said to have the status of a presumption. But where there is no physical damage, there is in my view no presumption but rather neutrality as to possible conclusions. Still, other factors may give rise to a conclusion of proximity.

What is always to be avoided is liability in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class. As Michael A. Jones, Note [“Economic Loss—A Return to Pragmatism”] (1986), 102 *L.Q. Rev.* 13 at page 15, has put it, “The cases in which the courts have allowed recovery for economic loss have all involved situations in which a conceptual control could be placed on the defendant's potential liability.” Otherwise, as was said in the latest House of Lords trilogy, a fatal lack of certainty in the law could result. But certainty by itself, without the guiding vision of justice, would lead to a blind alley. The law demands some perception of justice for its life, even while it requires some channelling of justice for its survival.

I might add that the recent House of Lords' cases in particular would strongly suggest that, where tort liability appears to be a way of getting around the limitations of contract law, there may be said to be a presumption against any liability in tort. That view is, however, expressed in a more moderate fashion by the Supreme Court in *Central Trust*, and in any event is not relevant in the case at bar.

With this background of principle, I can now turn to the case at bar.

Je serais d'accord pour dire que le lien étroit requis peut consister en différentes formes de proximité—physique, circonstancielle, causale, assumée—et que «l'existence nécessaire d'un lien étroit sert de pierre de touche pour reconnaître les *catégories* d'affaires dans lesquelles la *common law* statuera qu'une partie bénéficiera d'une obligation de prudence.»

Selon ce que j'ai pu observer, les tribunaux trouveront toujours un lien suffisamment étroit lorsqu'il y a un danger physique à l'égard des biens du demandeur. De fait, je crois qu'on pourrait dire que cela a le statut d'une présomption. Mais en l'absence de dommages matériels, il n'y a pas de présomption à mon avis mais plutôt neutralité quant aux conclusions possibles. Néanmoins, d'autres facteurs peuvent amener à conclure à l'existence d'un lien étroit.

Ce qu'il faut toujours éviter, c'est la responsabilité pour un montant indéterminé pour une période indéterminée envers une catégorie indéterminée. Comme le dit Michael A. Jones dans Note [“Economic Loss—A Return to Pragmatism”] (1986), 102 *L.Q. Rev.* 13, à la page 15: [TRADUCTION] «Les affaires dans lesquelles les tribunaux ont accordé l'indemnisation du préjudice financier concernaient toutes des situations dans lesquelles on pouvait examiner la responsabilité possible du défendeur.» Autrement, ainsi qu'il a été dit dans la dernière trilogie de la Chambre des lords, il peut en résulter un manque fatal de certitude en droit. Mais la certitude en soi, sans une idée directrice de la justice, mènerait à un cul-de-sac. Le droit exige une certaine perception de la justice pour exister, même lorsqu'il exige une certaine canalisation de la justice pour survivre.

Je pourrais ajouter que les récentes décisions de la Chambre des lords en particulier laisseraient fermement entendre que, lorsque la responsabilité délictuelle semble être une façon de contourner les limites du droit contractuel, on peut dire qu'il y a une présomption contre toute responsabilité délictuelle. Cette opinion est, toutefois, exprimée de façon plus modérée par la Cour suprême dans l'arrêt *Central Trust*, et de toute façon elle ne se rapporte pas à l'affaire en litige.

Après cet exposé de principe, je peux maintenant passer à l'affaire en cause.

V

Addy J. rested his conclusion as to liability on three grounds: (1) the captain of the tugboat was specifically aware of the CNR as a party likely to suffer damage from any negligence to the point that he believed the bridge to belong to the CNR; (2) the precise nature of the economic loss to the CNR was actually known to the tortfeasor, since previous accidents to the bridge had caused precisely the same result; (3) the property of the CNR (the tracks on both sides of the Fraser River) is not only in close proximity to the bridge but this riverside property cannot be properly enjoyed without the essential link of the bridge, which is an integral part of its railway system. Linked with the third ground is the CNR's role in supplying materials and inspection and consulting services for the bridge, and the CNR's preponderant usage of the bridge, recognized even in the periodic negotiations for routine maintenance closings. The Trial Judge also concluded that the economic loss claimed was not disproportionate to the physical damage to the bridge.

To my mind the actual knowledge of the appellants found by the Trial Judge was not necessary for liability; all that was required in this regard was reasonable foreseeability. As to the principle of sufficient proximity, I find it realized by the third ground in particular. In effect, the Trial Judge found that the CNR was so closely assimilated to the position of PWC that it was very much within the reasonable ambit of risk of the appellants at the time of the accident. That, it seems to me, is sufficient proximity: in Deane J.'s language, it is both physical and circumstantial closeness.

In the light of the law as I understand it, I can see no error in the learned Trial Judge's conclusion. The situation is a unique one, unique even to the CNR among the three railways. I believe Addy J. has correctly interpreted and applied the law as it stands in Canada.

V

Le juge Addy a fondé sa décision quant à la responsabilité sur trois motifs: (1) le capitaine du remorqueur était précisément au courant que le CN était une partie susceptible de subir des dommages à la suite de sa négligence au point qu'il croyait que le pont appartenait au CN; (2) la nature précise du préjudice financier à l'égard du CN était effectivement connue de l'auteur de la faute, étant donné que des accidents survenus au pont antérieurement avaient entraîné précisément les mêmes conséquences; (3) les biens du CN (les rails situés des deux côtés du fleuve Fraser) ne sont pas seulement en rapport étroit avec le pont mais ces biens situés sur les bords du cours d'eau ne peuvent pas être utilisés adéquatement sans le lien essentiel que constitue le pont, qui fait partie intégrante de son système ferroviaire. En liaison avec le troisième motif, il y a le rôle que joue le CN en fournissant des matériaux et des services d'inspection et de consultation pour le pont, ainsi que l'utilisation prépondérante du pont par le CN, fait qui est admis même dans les négociations périodiques en vue de la fermeture pour l'entretien habituel. Le juge de première instance a également conclu que le préjudice financier réclamé n'était pas disproportionné vis-à-vis des dommages matériels causés au pont.

Selon moi, il n'était pas nécessaire que les appellants soient vraiment au courant du préjudice, comme l'a conclu le juge de première instance, pour qu'il y ait responsabilité; tout ce qui était requis à cet égard, c'était la prévisibilité raisonnable. Quant au principe de l'existence d'un lien suffisamment étroit, j'estime qu'il est atteint grâce au troisième motif notamment. De fait, le juge de première instance a conclu que le CN était assimilé de si près à TPC qu'il était vraiment dans le champ raisonnable de risque des appellants au moment de l'accident. Cela constitue, me semble-t-il, un lien suffisamment étroit: pour utiliser les mots du juge Deane, c'est un lien étroit à la fois matériel et circonstanciel.

À la lumière du droit ainsi que je le comprends, je ne vois aucune erreur dans la conclusion du juge de première instance. Il s'agit d'une situation unique, unique même pour le CN parmi les trois compagnies ferroviaires. Je crois que le juge Addy a interprété et appliqué correctement le droit tel qu'il s'applique au Canada.

I would therefore dismiss the appeal with costs.

HEALD J.A.: I concur.

Je rejetterais donc l'appel avec dépens.

LE JUGE HEALD, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

A-7-89

A-7-89

Her Majesty the Queen (Appellant)

v.

Glenn Williams (Respondent)

INDEXED AS: WILLIAMS v. CANADA (C.A.)

Court of Appeal, Pratte, Heald and Stone JJ.A.—
Ottawa, May 15 and June 13, 1990.

Income tax — Exemptions — Trial Judge holding regular unemployment insurance benefits exempt under Indian Act, s. 87(b) (personal property of Indian situated on reserve) — Erred in applying “connecting factors” test instead of residence of debtor test — Correctly holding enhanced benefits paid under job creation agreement between Band and C.E.I.C. exempt under Indian Act, s. 90(1)(b).

Native peoples — Taxation — Regular unemployment insurance benefits not income tax exempt under Indian Act, s. 87(b) — Application of residence of debtor test to determine situs of benefits — As C.E.I.C. not having office on reserve nor otherwise resident there, benefits not situated on reserve — Enhanced benefits paid under job creation agreement between Band and C.E.I.C. exempt under s. 90(1)(b).

Unemployment insurance — Income Tax Act, s. 56(1)(a)(iv) requiring unemployment insurance benefits to be included in income — Regular benefits paid to Indian on reserve not exempt under Indian Act, s. 87(b) as not benefits “situated on reserve” — Residence of debtor test applied — Enhanced benefits paid pursuant to job creation agreement between Band and C.E.I.C. exempt under s. 90(1)(b).

Construction of statutes — Indian Act, s. 90(1)(b) providing personal property “given” to Indians under “treaty or agreement” deemed to be situated on reserve — Enhanced unemployment insurance benefits “paid” under job creation agreement between Band and C.E.I.C. considered “given” — Canons of construction applicable to interpretation of other statutes not to be applied to statute relating to Indians if can reasonably be construed to confer tax exemption — If meaning doubtful, to be resolved in favour of Indians.

Creditors and debtors — Situs of simple debt — Trial Judge erred in applying “connecting factors” test to find regular unemployment insurance benefits paid to Indian on reserve “situated on reserve” within Indian Act, s. 87(b) — Residence of debtor proper test.

Sa Majesté la Reine (appelante)

c.

a Glenn Williams (intimé)

RÉPERTORIÉ: WILLIAMS c. CANADA (C.A.)

b Cour d'appel, juges Pratte, Heald et Stone,
J.C.A.—Ottawa, 15 mai et 13 juin 1990.

Impôt sur le revenu — Exemptions — Le juge de première instance a statué que les prestations régulières d'assurance-chômage étaient exonérées en vertu de l'art. 87b) (biens personnels d'un Indien situés sur une réserve) de la Loi sur les Indiens — Il a commis une erreur en appliquant un critère «fondé sur des facteurs de rattachement» au lieu du critère de la résidence du débiteur — Il a statué avec raison que les prestations majorées versées en vertu d'un accord en vue de la création d'emplois conclu entre la bande et la C.E.I.C. étaient exonérées en vertu de l'art. 90(1)b) de la Loi sur les Indiens.

d *Peuples autochtones — Taxation — Les prestations régulières d'assurance-chômage ne sont pas exonérées de l'impôt sur le revenu en vertu de l'art. 87b) de la Loi sur les Indiens — Application du critère de la résidence du débiteur pour déterminer le situs des prestations — Comme la C.E.I.C. n'avait pas de bureau sur la réserve ni aucune autre résidence à cet endroit, les prestations n'étaient pas situées sur la réserve — Les prestations majorées versées en vertu d'un accord en vue de la création d'emplois conclu entre la bande et la C.E.I.C. sont exonérées en vertu de l'art. 90(1)b).*

f *Assurance-chômage — L'art. 56(1)a)(iv) de la Loi de l'impôt sur le revenu exige que les prestations d'assurance-chômage soient incluses dans le revenu — Les prestations régulières versées à un Indien sur une réserve ne sont pas exonérées en vertu de l'art. 87b) de la Loi sur les Indiens car ce ne sont pas des prestations «situées sur une réserve» — Le critère de la résidence du débiteur a été appliqué — Les prestations majorées versées en vertu d'un accord en vue de la création d'emplois conclu entre la bande et la C.E.I.C. sont exonérées en vertu de l'art. 90(1)b).*

g *Interprétation des lois — L'art. 90(1)b) de la Loi sur les Indiens prévoit que les biens personnels «donnés» aux Indiens en vertu d'un «traité ou accord» sont tenus pour situés sur la réserve — Les prestations majorées d'assurance-chômage «payées» en vertu d'un accord en vue de la création d'emplois conclu entre la bande et la C.E.I.C. sont considérées comme étant «données» — Les critères applicables à l'interprétation des autres lois ne doivent pas s'appliquer à une loi relative aux Indiens si elle peut raisonnablement s'interpréter comme conférant une exonération d'impôt — S'il y a ambiguïté, celle-ci doit profiter aux Indiens.*

j *Créanciers et débiteurs — Situs d'une simple dette — Le juge de première instance a commis une erreur en appliquant le critère «fondé sur des facteurs de rattachement» pour conclure que les prestations régulières d'assurance-chômage payées à un Indien sur une réserve sont «situées sur la réserve» au sens de l'art. 87b) de la Loi sur les Indiens — Le critère de la résidence du débiteur est le critère indiqué.*

This was an appeal from the judgment of Cullen J. that regular unemployment insurance benefits received by the respondent, an Indian living on a reserve, were exempt from income tax by virtue of the *Indian Act*, paragraph 87(b). To find that the benefits were "situated on a reserve", the Trial Judge applied a "connecting factors" test, i.e. he considered the place at which the benefits were payable or received, the place at which the services were performed and the residence of the recipient to determine the *situs* of the benefits, instead of looking exclusively at the residence of the debtor. His Lordship also held that enhanced benefits, paid pursuant to a job creation project, resulting from a written agreement between the Band and the Canada Employment and Immigration Commission, were exempt under paragraph 90(1)(b), which provides that personal property given to Indians under a treaty or agreement between a band and the Queen shall be deemed always to be situated on a reserve. The Commission had no office on the Reserve and was not otherwise resident there. The cheques were sent from Vancouver. The issues were whether the Trial Judge erred in applying a "connecting factors" test and in determining that the enhanced benefits were "given" under an "agreement" between a band and the Queen.

Held, the appeal should be allowed in part.

The regular benefits are not exempt as they were not "situated on a reserve". The cases relied upon by Cullen J. had not expanded the test for *situs* of a simple debt. In both cases the same passage from Cheshire's *Private International Law* was cited. That passage states that if the debtor resides in two or more countries, the debt is situated where it is required to be paid by an express or implied provision of the contract, but if the debtor resides in only one country, the debt is situated there. When read in this context the phrase "in the absence of anything in the contract or elsewhere to indicate the contrary" found in Thurlow A.C.J.'s judgment in *National Indian Brotherhood* does not represent a departure from the rule that it is the residence of the debtor that determines the *situs* of a simple contract debt. What was intended was that other factors may be considered in determining the *situs* of a debt where the debtor is resident in more than one country or in a place where the rules of practice permit enforcement of a debt even though the debtor may no longer reside within the jurisdiction of a court. The principle that a court may look to the place where a debt is payable could not be applied unless shown that the Commission was resident both elsewhere in Canada and on the Reserve.

The enhanced benefits were, however, exempt. They were made available to the respondent because of the agreement between the Band and the Crown. The agreement was central to the operation of section 38 of the *Unemployment Insurance Act*. Those benefits were property "given" to an Indian within paragraph 90(1)(b) of the *Indian Act*, not paid under an Act of Parliament. Acceptance of the argument that only an agreement that relates to Indians or Indian bands is intended because the word "treaty" appears immediately before "agree-

Il s'agissait d'un appel formé contre une décision par laquelle le juge Cullen a statué que les prestations régulières d'assurance-chômage reçues par l'intimé, un Indien vivant sur une réserve, étaient exonérées de l'impôt sur le revenu en vertu de l'alinéa 87b) de la *Loi sur les Indiens*. Pour déterminer que les prestations étaient «situées sur une réserve», le juge de première instance a appliqué un critère «fondé sur des facteurs de rattachement», c'est-à-dire qu'il a tenu compte de l'endroit où les prestations devaient être payées ou étaient reçues, de l'endroit où les services étaient rendus et de la résidence du prestataire afin de déterminer le *situs* des prestations, au lieu de prendre en considération uniquement la résidence du débiteur. Le juge a également statué que les prestations majorées, payées conformément à un projet créateur d'emplois, découlant d'un accord conclu par écrit entre la bande et la Commission de l'emploi et l'immigration du Canada, étaient exonérées en vertu de l'alinéa 90(1)b), qui prévoit que les biens personnels donnés aux Indiens en vertu d'un traité ou d'un accord entre une bande et Sa Majesté doivent toujours être tenus pour situés sur une réserve. La Commission n'avait pas de bureau sur la réserve ni aucune autre résidence à cet endroit. Les chèques étaient expédiés de Vancouver. La question était de savoir si le juge de première instance avait commis une erreur en appliquant un critère «fondé sur des facteurs de rattachement» et en déterminant que les prestations majorées étaient «données» en vertu d'un «accord» entre une bande et Sa Majesté.

Arrêt: l'appel devrait être accueilli en partie.

Les prestations régulières ne sont pas exonérées, car elles n'étaient pas «situées sur une réserve». Les décisions sur lesquelles s'est appuyé le juge Cullen n'avaient pas étendu le critère servant à établir le *situs* d'une simple dette. C'est le même passage tiré de l'ouvrage de Cheshire intitulé *Private International Law* qui a été cité dans les deux affaires. Ce passage mentionne que, si le débiteur réside dans deux pays ou plus, la dette est située là où une disposition expresse ou implicite du contrat exige qu'elle soit payée, mais si le débiteur réside dans un seul pays, la dette est située à cet endroit. Interprétée dans ce contexte, l'expression «en l'absence de toute disposition contraire dans le contrat ou dans tout autre document» figurant dans la décision rendue par le juge en chef adjoint Thurlow dans l'affaire *National Indian Brotherhood* ne représente pas une dérogation à la règle selon laquelle c'est la résidence du débiteur qui détermine le *situs* d'une simple dette contractuelle. Ce que l'on voulait, c'était que d'autres facteurs puissent être pris en considération pour déterminer le *situs* d'une dette lorsque le débiteur a sa résidence dans plus d'un pays ou dans un endroit où les règles de pratique permettent l'exécution d'une dette même si le débiteur ne réside peut-être plus dans le ressort du tribunal. La règle selon laquelle le tribunal peut tenir compte de l'endroit où la dette doit être payée ne pourrait pas être appliquée à moins d'établir que la Commission avait une résidence ailleurs au Canada et sur la réserve.

Les prestations majorées étaient toutefois exonérées. Elles ont été versées à l'intimé en raison de l'accord conclu entre la bande et la Couronne. L'accord était essentiel à l'application de l'article 38 de la *Loi sur l'assurance-chômage*. Ces prestations constituaient des biens «donnés» à un Indien au sens de l'alinéa 90(1)b) de la *Loi sur les Indiens* et n'avaient pas été payées en vertu d'une loi du Parlement. Admettre l'argument selon lequel il ne peut être question que d'un accord qui vise les Indiens ou les bandes indiennes étant donné que le mot «traité» figure

ment” in paragraph 90(1)(b), would be to ignore the principle that canons of construction applicable to the interpretation of other statutes are not to be applied to the interpretation of a statute relating to Indians if the language of such a statute can reasonably be construed to confer tax exemption. The agreement was in furtherance of a national policy, but it remained an “agreement” in a broad sense. At the very least its meaning is doubtful and such doubt should be resolved in favour of the Indians.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Employment and Immigration Reorganization Act, S.C. 1976-77, c. 54, ss. 10, 11.

Indian Act, R.S.C. 1970, c. 1-6, ss. 87(b) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 47, s. 25), 90(1)(b).

Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, ss. 56(1)(a) (as am. by S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 1; 1980-81-82-83, c. 140, s. 26), 81(1)(a) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 46).

Unemployment Insurance Act, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48, s. 38 (as am. by S.C. 1976-77, c. 54, s. 41).

Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1, s. 117(2).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

R. v. National Indian Brotherhood, [1979] 1 F.C. 103 (T.D.); *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.

REVERSED:

Williams v. Canada, [1989] 2 F.C. 318; (1988), 24 C.C.E.L. 119; [1989] 1 C.N.L.R. 184; [1989] 1 C.T.C. 117; 89 DTC 5032; 24 F.T.R. 169 (T.D.).

REFERRED TO:

R. v. Sparrow, [1990] 1 S.C.R. 1075; *Commissioner of Stamps v. Hope*, [1891] A.C. 476 (P.C.); *New York Life Insurance Co. v. Public Trustee*, [1924] 2 Ch. 101 (C.A.); *Kwok v. Comr. of Estate Duty*, [1988] 1 W.L.R. 1035 (P.C.); *English, Scottish and Australian Bank, Ltd. v. Commissioners of Inland Revenue*, [1932] A.C. 238 (H.L.); *Alloway v Phillips (Inspector of Taxes)*, [1980] 3 All ER 138 (C.A.); *Re Banque des Marchands de Moscou (Koupetschesky)*, [1954] 2 All E.R. 746 (Ch.D.); *Bank of Nova Scotia v. Blood*, Appeal #10275, judgment dated July 7, 1989, Alta. C.A., not yet reported; *Saugeen Indian Band v. Canada*, [1990] 1 F.C. 403; (1989), 104 N.R. 201 (C.A.); *Metlakatla Ferry Service Ltd. v. The Queen in Right of British Columbia* (1987), 37 D.L.R. (4th) 322; 12 B.C.L.R. (2d) 308; [1987] 2 C.N.L.R. 95 (B.C.C.A.); *Mitchell v. Sandy Bay Indian Band*, [1983] 5 W.W.R. 117; (1983), 22 Man. R. (2d) 286; [1983] 4 C.N.L.R. 50 (Man. Q.B.).

immédiatement avant le mot «accord» à l'alinéa 90(1)(b), ce serait ne pas tenir compte de la règle selon laquelle les critères applicables à l'interprétation des autres lois ne doivent pas s'appliquer à l'interprétation d'une loi visant les Indiens si le texte d'une telle loi peut raisonnablement s'interpréter comme conférant une exonération d'impôt. L'accord a été conclu en vue de promouvoir une politique nationale, mais il n'en demeurerait pas moins un «accord» dans un sens large. Il y a à tout le moins une ambiguïté, et celle-ci devrait profiter aux Indiens.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi de l'impôt sur le revenu. S.R.C. 1952, chap. 148, art. 56(1)(a) (mod. par S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 1; 1980-81-82-83, chap. 140, art. 26), 81(1)(a) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 140, art. 46).

Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, S.C. 1970-71-72, chap. 48, art. 38 (mod. par S.C. 1976-77, chap. 54, art. 41).

Loi régissant l'emploi et l'immigration, S.C. 1976-77, chap. 54, art. 10, 11.

Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), chap. U-1, art. 117(2).

Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, chap. I-6, art. 87(b) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 47, art. 25), 90(1)(b).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

R. c. National Indian Brotherhood, [1979] 1 C.F. 103 (1^{re} inst.); *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.

DÉCISION INFIRMÉE:

Williams c. Canada, [1989] 2 C.F. 318; (1988), 24 C.C.E.L. 119; [1989] 1 C.N.L.R. 184; [1989] 1 C.T.C. 117; 89 DTC 5032; 24 F.T.R. 169 (1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES:

R. c. Sparrow, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Commissioner of Stamps v. Hope*, [1891] A.C. 476 (P.C.); *New York Life Insurance Co. v. Public Trustee*, [1924] 2 Ch. 101 (C.A.); *Kwok v. Comr. of Estate Duty*, [1988] 1 W.L.R. 1035 (P.C.); *English, Scottish and Australian Bank, Ltd. v. Commissioners of Inland Revenue*, [1932] A.C. 238 (H.L.); *Alloway v Phillips (Inspector of Taxes)*, [1980] 3 All ER 138 (C.A.); *Re Banque des Marchands de Moscou (Koupetschesky)*, [1954] 2 All E.R. 746 (Ch.D.); *Bank of Nova Scotia v. Blood*, appel #10275, jugement en date du 7 juillet 1989, C.A. Alb., encore inédit; *Bande indienne de Saugeen c. Canada*, [1990] 1 C.F. 403; (1989), 104 N.R. 201 (C.A.); *Metlakatla Ferry Service Ltd. v. The Queen in Right of British Columbia* (1987), 34 D.L.R. (4th) 322; 12 B.C.L.R. (2d) 308; [1987] 2 C.N.L.R. 95 (C.A.C.-B.); *Mitchell v. Sandy Bay Indian Band*, [1983] 5 W.W.R. 117; (1983), 22 Man. R. (2d) 286; [1983] 4 C.N.L.R. 50 (B.R. Man.).

AUTHORS CITED

- Castel, J.-G. *Conflict of Laws: cases, notes and materials*, 2nd ed., Toronto: Butterworths, 1968.
 Cheshire, Geoffrey Chevalier *Private International Law*, 7th ed. London: Butterworths, 1965.
 Cheshire and North *Private International Law* 10th ed. by P.M. North, London: Butterworths, 1979.

COUNSEL:

Ian MacGregor, Q.C. and *Sandra E. Phillips* b
 for appellant.
Gary S. Snarch and *Tara Wintjes* for
 respondent.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for
 appellant.
Snarch & Allen, Vancouver, for respondent.

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

STONE J.A.: This is an appeal from a judgment of the Trial Division rendered December 15, 1988,¹ whereby the respondent's appeal from an assessment of income tax was allowed with costs. The issue before the Trial Judge was whether the Minister of National Revenue had properly included in the computation of the respondent's income amounts of regular and enhanced unemployment insurance benefits received by him in the 1984 taxation year, pursuant to paragraph 56(1)(a) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, as amended [by S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 1; 1980-81-82-83, c. 140, s. 26].² In allowing the appeal, the learned Trial Judge concluded that these amounts were exempt from income tax by virtue of the

DOCTRINE

- Castel, J.-G. *Conflict of Laws: cases, notes and materials*, 2^e éd., Toronto, Butterworths, 1968.
 Cheshire, Geoffrey Chevalier *Private International Law*, 7^e éd. London: Butterworths, 1965.
 Cheshire et North *Private International Law*, 10^e éd. par P.M. North, London: Butterworths, 1979.

AVOCATS:

Ian MacGregor, c.r. et *Sandra E. Phillips*
 pour l'appelante.
Gary S. Snarch et *Tara Wintjes* pour l'intimé.

c PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour
 l'appelante.
Snarch & Allen, Vancouver, pour l'intimé.

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

LE JUGE STONE, J.C.A.: Il s'agit d'un appel e formé contre un jugement par lequel la Section de première instance a, le 15 décembre 1988¹, accueilli avec dépens l'appel interjeté par l'intimé d'une cotisation d'impôt sur le revenu. La question dont était saisi le juge de première instance était f de savoir si le ministre du Revenu national avait eu raison d'inclure dans le calcul du revenu de l'intimé les montants des prestations régulières et des prestations majorées d'assurance-chômage qu'il avait reçues durant l'année d'imposition 1984, en g conformité avec l'alinéa 56(1)a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, chap. 148 et ses modifications [S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 1; 1980-81-82-83, chap. 140, art. 26]². Pour h accueillir l'appel, le juge de première instance a conclu que ces montants étaient exonérés de l'impôt sur le revenu en vertu des dispositions de

¹ *Williams v. Canada*, [1989] 2 F.C. 318 (T.D.).

² 56. (1) Without restricting the generality of section 3, there shall be included in computing the income of a taxpayer for a taxation year,

(a) any amount received by the taxpayer in the year as, on account or in lieu of payment of, or in satisfaction of,

(iv) a benefit under the *Unemployment Insurance Act*, 1971,

¹ *Williams c. Canada*, [1989] 2 C.F. 318 (1^{re} inst.).

² 56. (1) Sans restreindre la portée générale de l'article 3, sont à inclure dans le calcul du revenu d'un contribuable pour une année d'imposition

a) toute somme reçue par le contribuable dans l'année au titre, ou en paiement intégral ou partiel,

(iv) d'une prestation versée en vertu de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*,

provisions of paragraph 81(1)(a) [as am. *idem*, s. 46] of the Act³ and paragraphs 87(b) [as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 47, s. 25] and 90(1)(b) of the *Indian Act*, R.S.C. 1970, c. I-6.⁴

l'alinéa 81(1)a) [mod., *idem*, art. 46] de la Loi³ et des alinéas 87b) [mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 47, art. 25] et 90(1)b) de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, chap. I-6⁴.

³ 81. (1) There shall not be included in computing the income of a taxpayer for a taxation year,

(a) an amount that is declared to be exempt from income tax by any other enactment of the Parliament of Canada, other than an amount received or receivable by an individual that is exempt by virtue of a provision contained in a tax convention or agreement with another country that has the force of law in Canada;

⁴ These sections read:

87. Notwithstanding any other Act of the Parliament of Canada or any Act of the legislature of a province, but subject to section 83, the following property is exempt from taxation, namely:

(a) the interest of an Indian or a band in reserve or surrendered lands; and

(b) the personal property of an Indian or band situated on a reserve;

and no Indian or band is subject to taxation in respect of the ownership, occupation, possession or use of any property mentioned in paragraph (a) or (b) or is otherwise subject to taxation in respect of any such property; and no succession duty, inheritance tax or estate duty is payable on the death of any Indian in respect of such property or the succession thereto if the property passes to an Indian, nor shall any such property be taken into account in determining the duty payable under the *Dominion Succession Duty Act*, being chapter 89 of the Revised Statutes of Canada, 1952, or the tax payable under the *Estate Tax Act*, on or in respect of other property passing to an Indian.

90. (1) For the purposes of section 87 and 89, personal property that was

(a) purchased by Her Majesty with Indian moneys or moneys appropriated by Parliament for the use and benefit of Indians or bands, or

(b) given to Indians or to a band under a treaty or agreement between a band and Her Majesty

shall be deemed always to be situated on a reserve.

(2) Every transaction purporting to pass title to any property that is by this section deemed to be situated on a reserve, or any interest in such property, is void unless the transaction is entered into with the consent of the Minister or is entered into between members of a band or between the band and a member thereof.

(3) Every person who enters into any transaction that is void by virtue of subsection (2) is guilty of an offence, and every person who, without the written consent of the Minister, destroys personal property that is by this section deemed to be situated on a reserve, is guilty of an offence.

³ 81. (1) Ne sont pas inclus dans le calcul du revenu d'un contribuable pour une année d'imposition:

a) une somme exonérée de l'impôt sur le revenu par toute autre loi du Parlement du Canada, autre qu'un montant reçu ou à recevoir par un particulier qui est exonéré en vertu d'une disposition d'une convention ou d'un accord fiscal conclu avec un autre pays et qui a force de loi au Canada;

⁴ Ces articles sont ainsi libellés:

87. Nonobstant toute autre loi du Parlement du Canada ou toute loi de la législature d'une province, mais sous réserve et de l'article 83, les biens suivants sont exemptés de taxation à savoir:

a) l'intérêt d'un Indien ou d'une bande dans une réserve ou des terres cédées; et

b) les biens personnels d'un Indien ou d'une bande situés sur une réserve;

et nul Indien ou bande n'est assujéti à une taxation concernant la propriété, l'occupation, la possession ou l'usage d'un bien mentionné aux alinéas a) ou b) ni autrement soumis à une taxation quant à l'un de ces biens. Aucun droit de mutation par décès, taxe d'héritage ou droit de succession n'est exigible à la mort d'un Indien en ce qui concerne un bien de cette nature ou la succession audit bien, si ce dernier est transmis à un Indien, et il ne sera tenu compte d'aucun bien de cette nature en déterminant le droit payable, en vertu de la *Loi fédérale sur les droits successoraux*, chapitre 89 des Statuts révisés du Canada de 1952, ou l'impôt payable en vertu de la *Loi de l'impôt sur les biens transmis par décès*, sur d'autres biens transmis à un Indien ou à l'égard de ces autres biens.

90. (1) Pour l'application des articles 87 et 89, les biens personnels qui ont été

a) achetés par Sa Majesté avec les deniers des Indiens ou des fonds votés par le Parlement à l'usage et au profit d'Indiens ou de bandes, ou

b) donnés aux Indiens ou à une bande en vertu d'un traité ou accord entre une bande et Sa Majesté,

sont toujours tenus pour situés sur une réserve.

(2) Toute opération tendant à transporter le titre à un bien considéré, selon le présent article, comme situé sur une réserve, ou tout intérêt dans un semblable bien, est nulle à moins qu'elle n'ait lieu avec le consentement du Ministre ou ne soit conclue entre des membres d'une bande ou entre une bande et l'un de ses membres.

(3) Quiconque conclut une opération déclarée nulle par le paragraphe (2) est coupable d'une infraction; est aussi coupable d'une infraction quiconque détruit, sans le consentement écrit du Ministre, un bien personnel considéré, selon le présent article, comme situé sur une réserve.

THE FACTS

The pertinent facts are fully set forth by the Trial Judge. I shall merely summarize them. The respondent is an Indian within the meaning of the *Indian Act*. In 1984, while he was a member of the Penticton Indian Band (the "Band") residing on the Penticton Indian Reserve No. 1 (the "Reserve"), he received the following unemployment insurance benefits:

(a) regular unemployment insurance benefits at a rate of \$225 per week for a period of 13 weeks commencing January 1, aggregating \$2,925. The respondent qualified to receive these benefits by being employed with Greenwood Forest Products Ltd., a company situate on the Reserve, during the years 1982 and 1983;

(b) regular unemployment insurance benefits at a rate of \$158 per week for 2 weeks commencing June 17, 1984 aggregating \$316. The respondent qualified to receive these benefits by being employed on a "NEED Project" on the Reserve for the period from March 23 to June 1, 1984;

(c) enhanced unemployment insurance benefits at the rate of \$157 per week for 25 weeks commencing July 2, the said sum being in addition to regular benefits of \$158 per week received in the same period. These benefits were received under a job creation project administered on the Reserve by the Band pursuant to the provisions of section 38 of the *Unemployment Insurance Act, 1971*, S.C. 1970-71-72, c. 48, as amended [by S.C. 1976-77, c. 54, s. 41].⁵ As an unemployment insurance claimant the respondent was eligible to work on the job creation project.

⁵ 38. (1) For the purposes of this section, a job creation project means a project that is approved by the Commission for the purposes of this section under a program designed primarily to create employment and conducted by the Government of Canada pursuant to any Act of Parliament.

(2) Benefit otherwise payable under this Part to a claimant who takes employment on a job creation project may, at the discretion of the Commission and subject to subsection (10), be paid in the manner prescribed.

(3) For the purposes of this Part, a week during which the claimant is employed on a job creation project and is paid benefit under subsection (2), shall be deemed to be a week of unemployment and for the purposes of this Part, Part IV, of the *Income Tax Act* and the *Canada Pension Plan*, any benefit paid to a claimant under subsection (2) shall be deemed not to be remuneration from employment.

LES FAITS

Les faits pertinents sont exposés intégralement par le juge de première instance. Je ne ferai que les résumer. L'intimé est un Indien au sens de la *Loi sur les Indiens*. En 1984, alors qu'il était membre de la bande indienne de Penticton (la «bande») qui réside sur la réserve indienne n° 1 de Penticton (la «réserve»), il a reçu les prestations suivantes d'assurance-chômage:

a) des prestations régulières d'assurance-chômage au montant de 225 \$ par semaine pendant une période de 13 semaines à partir du 1^{er} janvier, pour un total de 2 925 \$. L'intimé était admissible à ces prestations pour avoir travaillé pour Greenwood Forest Products Ltd., une compagnie située sur la réserve, pendant les années 1982 et 1983;

b) des prestations régulières d'assurance-chômage au montant de 158 \$ par semaine pendant 2 semaines à partir du 17 juin 1984, pour un total de 316 \$. L'intimé était admissible à ces prestations pour avoir travaillé dans le cadre d'un «projet RELAIS» sur la réserve pendant la période allant du 23 mars au 1^{er} juin 1984;

c) des prestations majorées d'assurance-chômage au montant de 157 \$ par semaine pendant 25 semaines à partir du 2 juillet, ladite somme étant en sus des prestations régulières de 158 \$ par semaine reçues durant la même période. Ces prestations ont été reçues en vertu d'un projet créateur d'emplois administré sur la réserve par la bande conformément aux dispositions de l'article 38 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, chap. 48 et ses modifications [S.C. 1976-77, chap. 54, art. 41].⁵ En tant que prestataire d'assurance-chômage, l'intimé était admissible à un emploi dans un projet créateur d'emplois.

⁵ 38. (1) Aux fins du présent article, un projet créateur d'emplois désigne un projet approuvé par la Commission dans le cadre d'un programme destiné principalement à créer des emplois et mis en œuvre par le gouvernement du Canada en vertu d'une loi du Parlement.

(2) Le prestataire embauché dans un projet créateur d'emplois peut, à la discrétion de la Commission et de la manière prescrite, sous réserve du paragraphe (10), recevoir les prestations autrement prévues à la présente Partie.

(3) Aux fins de la présente Partie, toute semaine au cours de laquelle un prestataire occupe un poste dans un projet créateur d'emplois et reçoit des prestations en vertu du paragraphe (2), est considérée comme une semaine de chômage et, aux fins de la présente Partie, de la Partie IV, de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et du *Régime de pensions du Canada*, les prestations reçues par un prestataire ne sont pas considérées comme rémunération provenant d'un emploi.

The circumstances surrounding the receipt of the enhanced benefits require a further word of explanation. By a written agreement dated March 28, 1984 between the Band and the Canada Employment and Immigration Commission it was agreed that a job creation project, within the meaning of section 38 of the *Unemployment Insurance Act, 1971*, would be carried out on the Reserve. The project was to run from March 30 until December 21, 1984. The Commission had no office on the Reserve and was not otherwise resident there. According to the record, the cheques representing all benefits were mailed from the Commission's Regional Computer Centre in Vancouver.

THE ISSUES

The appellant asserts that the Trial Judge erred in two ways, namely, by applying a "connecting factors" test in determining whether the regular unemployment insurance benefits constituted "property . . . situated on a reserve" within the meaning of paragraph 87(b) of the *Indian Act* and, secondly, in determining that the enhanced unemployment insurance benefits were given "under" an "agreement" between a band and Her Majesty within the meaning of paragraph 90(1)(b) of that Act.

DISCUSSION

These issues require separate treatment and I shall deal with them in turn.

Are the regular unemployment insurance benefits exempt from income tax by virtue of paragraph 87(b) of the *Indian Act*?

The learned Trial Judge was of the opinion that the regular unemployment insurance benefits were exempt from taxation because they fell within the words "personal property . . . situated on a reserve"⁶ in paragraph 87(b) of the *Indian Act*. In so concluding, he appears to have been much influenced by certain views expressed by Thurlow A.C.J. (as he then was) in *R. v. National Indian Brotherhood*, [1979] 1 F.C. 103 (T.D.), where the

⁶ No question arises that the benefits received, both regular and enhanced, are "personal property" within the meaning of paragraph 87(b) (see *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, at p. 38).

Les circonstances entourant la réception des prestations majorées exigent une explication supplémentaire. Dans une entente écrite intervenue le 28 mars 1984 entre la bande et la Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada, il a été convenu de réaliser sur la réserve un projet créateur d'emplois, au sens de l'article 38 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*. Le projet devait fonctionner du 30 mars au 21 décembre 1984. La Commission n'avait pas de bureau sur la réserve et n'y résidait d'aucune autre manière. Selon le dossier, les chèques représentant toutes les prestations ont été expédiés du Centre d'informatique régional de la Commission à Vancouver.

LES QUESTIONS EN LITIGE

L'appelante soutient que le juge de première instance a commis deux erreurs, à savoir premièrement en appliquant un critère «fondé sur des facteurs de rattachement» pour déterminer si les prestations régulières d'assurance-chômage constituaient «un bien situé sur une réserve» au sens de l'alinéa 87b) de la *Loi sur les Indiens* et deuxièmement pour déterminer que les prestations majorées d'assurance-chômage avaient été données «en vertu» d'un «accord» entre une bande et Sa Majesté au sens de l'alinéa 90(1)b) de cette Loi.

L'ANALYSE

Ces questions doivent être traitées séparément et je les aborderai à tour de rôle.

Les prestations régulières d'assurance-chômage sont-elles exonérées de l'impôt sur le revenu en vertu de l'alinéa 87b) de la *Loi sur les Indiens*?

Le juge de première instance était d'avis que les prestations régulières d'assurance-chômage étaient exonérées d'impôt parce qu'elles étaient visées par les mots «biens personnels . . . situés sur une réserve»⁶ figurant à l'alinéa 87b) de la *Loi sur les Indiens*. Pour en arriver à cette conclusion, il semble avoir été beaucoup influencé par certaines opinions exprimées par le juge en chef adjoint Thurlow (tel était son titre à l'époque) dans l'af-

⁶ Il n'y a pas de doute que les prestations reçues, tant régulières que majorées, dont des «biens personnel» au sens de l'alinéa 87b) (voir *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, à la p. 38).

question was whether salaries payable to Indian employees by the corporate respondent, resident in Ottawa, by cheque drawn on an Ottawa bank was “property . . . situated on a reserve” under paragraph 87(b). At page 109 the learned Associate Chief Justice said:

A chose in action such as the right to a salary in fact has no situs. But where for some purpose the law has found it necessary to attribute a situs, in the absence of anything in the contract or elsewhere to indicate the contrary, the situs of a simple contract debt has been held to be the residence or place where the debtor is found. See Cheshire, *Private International Law*, seventh edition, pp. 420 *et seq.*

Although the point was not argued in *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, the views of the Associate Chief Justice were approved by Dickson J. (as he then was) in the following passage, at page 34:

One point might have given rise to argument. Was the fact that the services were performed off the reserve relevant to the *situs*? The Crown conceded in argument, correctly in my view, that the *situs* of the salary which Mr. Nowegijick received was sited on the reserve because it was there that the residence or place of the debtor, the Gull Bay Development Corporation, was to be found and it was there the wages were payable. See Cheshire and North, *Private International Law* (10th ed., 1979) at pp. 536 *et seq.* and also the judgment of Thurlow A.C.J. in *R. v. National Indian Brotherhood*, [1979] 1 F.C. 103 particularly at pp. 109 *et seq.*

The question in that case was whether wages payable to an Indian residing on a reserve by a corporation also resident on the reserve for work performed off the reserve was “property . . . situated on a reserve” within the meaning of paragraph 87(b) of the *Indian Act*.

Another source of guidance for the learned Trial Judge was the approach taken by Dickson J. in *Nowegijick* for the interpretation of treaties and statutes relating to Indians. He said, at page 36:

It is legal lore that, to be valid, exemptions to tax laws should be clearly expressed. It seems to me, however, that treaties and statutes relating to Indians should be liberally construed and doubtful expressions resolved in favour of the Indians. If the statute contains language which can reasonably be construed to confer tax exemptions that construction, in my view, is to be

faire *R. c. National Indian Brotherhood*, [1979] 1 C.F. 103 (1^{re} inst.), dans laquelle la question était de savoir si les traitements payables à des travailleurs indiens par la société intimée, qui avait sa résidence à Ottawa, au moyen de chèques tirés sur une banque d'Ottawa constituaient des «biens . . . situés sur une réserve» au sens de l'alinéa 87b). À la page 109, le juge en chef adjoint a déclaré:

Un droit incorporel, comme le droit à un traitement, n'a véritablement pas de *situs*. Mais lorsque, pour une fin déterminée, la loi a jugé nécessaire de lui en attribuer un, et en l'absence de toute disposition contraire dans le contrat ou dans tout autre document, les tribunaux ont établi que le *situs* d'une simple dette contractuelle est la résidence du débiteur ou le lieu où il se trouve. Voir Cheshire, *Private International Law*, 7^e édition, pages 420 et suivantes.

Bien que ce point n'ait pas été débattu dans l'arrêt *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, le juge Dickson (tel était son titre à l'époque) était d'accord avec les opinions du juge en chef adjoint dans le passage suivant, à la page 34:

Un point aurait pu soulever un débat. Le fait que les services ont été rendus à l'extérieur d'une réserve était-il pertinent relativement au *situs*? Sa Majesté a reconnu au cours des plaidoiries, avec raison selon moi, que le *situs* du salaire de M. Nowegijick était la réserve parce que c'est là où la débitrice, Gull Bay Development Corporation, avait sa résidence ou son lieu d'affaires et parce que c'est là que le salaire devait être payé. Voir Cheshire et North, *Private International Law* (10^e éd., 1979), aux pp. 536 et suiv. et aussi le jugement du juge en chef adjoint Thurlow dans l'affaire *R. c. National Indian Brotherhood*, [1979] 1 C.F. 103, particulièrement aux pp. 109 et suivantes.

Dans cette affaire-là, la question était de savoir si les salaires qui devaient être payés à un Indien résidant sur une réserve par une compagnie qui y avait également sa résidence pour un travail effectué en dehors de la réserve constituaient des «biens . . . situés sur une réserve» au sens de l'alinéa 87b) de la *Loi sur les Indiens*.

Le juge de première instance s'est aussi guidé sur la solution retenue par le juge Dickson dans l'arrêt *Nowegijick* en ce qui concerne l'interprétation des traités et des lois visant les Indiens. Il a dit, à la page 36:

Selon un principe bien établi, pour être valide, toute exemption d'impôts doit être clairement exprimée. Il me semble toutefois que les traités et les lois visant les Indiens doivent recevoir une interprétation libérale et que toute ambiguïté doit profiter aux Indiens. Si la loi contient des dispositions qui, suivant une interprétation raisonnable, peuvent conférer une exemption d'impôts, il faut, selon moi, préférer cette interpréta-

favoured over a more technical construction which might be available to deny exemption.⁷

The Trial Judge was able to conclude that the *situs* of the regular unemployment insurance benefits ought not to be determined exclusively by reference to the residence of the debtor⁸ but, rather, by considering a number of “connecting factors”, namely, (a) the place at which the benefits were payable or received, (b) the place at which the services were performed and (c) the residence of the recipient. He found support for so approaching the question in *National Indian Brotherhood* where Thurlow A.C.J. stated [at page 109] that the residence of the debtor test was to apply “in the absence of anything in the contract or elsewhere to indicate the contrary” and in *Nowegijick* where Dickson J. stated [at page 34] that the *situs* of certain wages was on the reserve because the debtor resided there and “it was there the wages were payable”.

The respondent urges that, in any event, the residence of the debtor test ought not to be applied because it is essentially a rule of conflict of laws that ill-fits the determination of whether the benefits in question are “property . . . situated on a reserve” within the meaning of paragraph 87(b) of the *Indian Act*.

In examining these questions, I begin with the principle of construction enunciated by the Supreme Court of Canada in *Nowegijick*, and also by recalling the observations of Dickson J., at page 36, that Indians, in affairs of life that are not governed by treaties or the *Indian Act*, “are subject to all of the responsibilities, including payment of taxes, of other Canadian citizens” and, at page 41, that the exemption contained in paragraph 87(b) is concerned with “personal property situat-

⁷ See also *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, at pp. 1106-1109.

⁸ It seems clear that Her Majesty as represented by the Canada Employment and Immigration Commission was not resident on the Reserve. By subsection 117(2) of the *Unemployment Insurance Act* [R.S.C., 1985, c. U-1] all amounts paid as benefits are to be paid “by special warrants drawn on the Receiver General, issued by the Commission”. The Commission is a body corporate and for all purposes an agent of Her Majesty in right of Canada, and has its head office in the National Capital Region (*Employment and Immigration Reorganization Act*, S.C. 1976-77, c. 54, ss. 10, 11). It had no office on the Reserve.

tion à une interprétation plus stricte qui pourrait être utilisée pour refuser l'exemption⁷.

Le juge de première instance a pu conclure que, pour déterminer le *situs* des prestations régulières d'assurance-chômage, il ne fallait pas se reporter exclusivement à la résidence du débiteur⁸ mais tenir compte plutôt d'un certain nombre de «facteurs de rattachement», à savoir (a) l'endroit où les prestations devaient être payées ou étaient reçues, (b) l'endroit où les services étaient rendus et (c) la résidence du prestataire. Pour aborder ainsi la question, il s'est fondé sur l'affaire *National Indian Brotherhood* dans laquelle le juge en chef adjoint Thurlow a déclaré [à la page 109] que le critère de la résidence du débiteur devait s'appliquer «en l'absence de toute disposition contraire dans le contrat ou dans tout autre document» et sur l'arrêt *Nowegijick* dans lequel le juge Dickson a mentionné [à la page 34] que le *situs* de certains salaires se trouvait sur la réserve parce que le débiteur y résidait et que «c'était là que le salaire devait être payé».

L'intimé fait valoir que, de toute façon, le critère de la résidence du débiteur ne doit pas s'appliquer parce que c'est essentiellement une règle de conflit de lois qui ne permet pas bien de déterminer si les prestations en question sont «des biens . . . situés sur une réserve» au sens de l'alinéa 87(b) de la *Loi sur les Indiens*.

Je vais commencer l'examen de ces questions par la règle d'interprétation énoncée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Nowegijick* et également en me reportant aux observations faites par le juge Dickson, à la page 36, selon lesquelles les Indiens, dans les affaires qui ne sont régies ni par des traités ni par la *Loi sur les Indiens*, «ont les mêmes responsabilités, dont le paiement d'impôt, que les autres citoyens canadiens» et, à la page 41, selon lesquelles dans l'exemption prévue à l'alinéa

⁷ Voir également *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, aux pp. 1106-1109.

⁸ Il semble évident que Sa Majesté, qui est représentée par la Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada, n'avait pas sa résidence sur la réserve. Selon le paragraphe 117(2) de la *Loi sur l'assurance-chômage* [L.R.C. (1985), chap. U-1], tous les montants versés à titre de prestations doivent l'être «par mandats spéciaux tirés sur le receveur général, délivrés par la Commission». La Commission est dotée de la personnalité morale et est, à toutes fins, mandataire de Sa Majesté du chef du Canada et a son siège dans la région de la Capitale nationale (*Loi régissant l'emploi et l'immigration*, S.C. 1976-77, chap. 54, art. 10 et 11). Elle n'avait aucun bureau sur la réserve.

ed on a reserve and only with property situated on a reserve”.

It was not argued that, merely because the property here took the form of unemployment insurance benefits rather than wages, the rule for determination of *situs* should be different. That rule is discussed in the editions of Cheshire [*Private International Law*] and Cheshire and North [*Private International Law*] cited by Thurlow A.C.J. in *National Indian Brotherhood* and Dickson J. in *Nowegijick*, respectively. At page 538 of the 10th edition, the learned editors stated:

Although the place of residence is chosen because it is there that recovery by action is possible, it has been suggested that a debt is situated in the country where it is payable even though this does not represent the residence of the debtor. The courts, however, have not taken this view. They have insisted that the residence of the debtor is “an essential element in deciding the *situs* of the debt” (*Deutsche Bank und Gesellschaft v. Banque des Marchands de Moscou* (unreported), C.A. 1930, cited in *Re Claim by Helbert Wagg & Co. Ltd.*, [1959] Ch. 323, at p. 343; [1956] 1 All E.R. 129, at p. 136.). If the debtor resides in two or more countries, then, indeed, the debt is situated in the one in which

“it is required to be paid by an express or implied provision of the contract or, if there is no such provision, where it would be paid according to the ordinary course of business” (*Jabbour (F. and K.) v. Custodian of Israeli Absentee Property*, [1954] 1 All E.R. 145, at p. 152; [1954] 1 W.L.R. 139, at p. 146; *Re Russo-Asiatic Bank*, [1934] Ch. 720; *Rossano v. Manufacturers’ Life Insurance Co.*, [1963] 2 Q.B. 352, at pp. 378-380. A debt due from a bank to a customer, for instance, is deemed by the general law to be situated at the branch where the account is kept, *Clare & Co. v. Dresdner Bank*, [1915] 2 K.B. 576; *Joachimson v. Swiss Bank Corporation*, [1921] 3 K.B. 110, at p. 127; *Richardson v. Richardson*, [1927] P. 228.)

If, however, the debtor resides only in one country, it is there alone that the debt is situated notwithstanding that it may be expressly or implicitly payable elsewhere (*Re Claim by Helbert Wagg & Co. Ltd.*, [1956] Ch. 323; [1956] 1 All E.R. 129.)

The identical passage, which was relied upon by Thurlow A.C.J., appears in the 7th edition.

When the judgment of Thurlow A.C.J. is read in light of this passage it can be seen that the qualifying words he used, i.e. “in the absence of anything in the contract or elsewhere to indicate the contrary”, do not represent a departure from the views expressed in Cheshire that, fundamentally, it is the residence of the debtor that determines

87b) il ne s’agit que «des biens personnels situés sur une réserve et seulement de ces biens».

Il n’a pas été allégué que, du simple fait que les biens concernés en l’espèce prenaient la forme de prestations d’assurance-chômage plutôt que de salaires, la règle pour déterminer le *situs* devrait être différente. Cette règle est étudiée dans les éditions de Cheshire [*Private International Law*] et de Cheshire et North [*Private International Law*] citées par le juge en chef adjoint Thurlow dans l’affaire *National Indian Brotherhood* et par le juge Dickson dans l’arrêt *Nowegijick* respectivement. À la page 538 de la 10^e édition, les auteurs écrivent:

[TRADUCTION] Bien que le lieu de résidence soit choisi parce que c’est là où le recouvrement peut se faire au moyen d’une action, il a été suggéré que la dette est située dans le pays où elle doit être payée même si celui-ci ne représente pas la résidence du débiteur. Les tribunaux n’ont toutefois pas adopté cette opinion. Ils ont insisté sur le fait que la résidence du débiteur constitue «un élément essentiel pour déterminer le *situs* de la dette» *Deutsche Bank und Gesellschaft v. Banque des Marchands de Moscou* (non publié), C.A. 1930, cité dans *Re Claim by Helbert Wagg & Co. Ltd.*, [1959] Ch. 323, à la p. 343; [1956] 1 All E.R. 129, à la p. 136.). Si le débiteur réside dans deux pays ou plus, alors en effet la dette est située dans celui où

«elle doit être payée selon une disposition expresse ou implicite du contrat ou, en l’absence d’une telle disposition, où elle serait payée dans le cours normal des affaires.» (*Jabbour (F. and K.) v. Custodian of Israeli Absentee Property*, [1954] 1 All E.R. 145, à la p. 152; [1954] 1 W.L.R. 139, à la p. 146; *Re Russo-Asiatic Bank*, [1934] Ch. 720; *Rossano v. Manufacturers’ Life Insurance Co.*, [1963] 2 Q.B. 352, aux pp. 378 à 380. Une dette due par une banque à un client, par exemple, est réputée selon le droit général être située à la succursale où se trouve le compte. *Clare & Co. v. Dresdner Bank*, [1915] 2 K.B. 576; *Joachimson v. Swiss Bank Corporation*, [1921] 3 K.B. 110, à la p. 127; *Richardson v. Richardson*, [1927] P. 228.)

Si toutefois le débiteur a sa résidence dans un seul pays, c’est là seulement que la dette est située malgré qu’elle puisse être expressément ou implicitement payable ailleurs (*Re Claim by Helbert Wagg & Co. Ltd.*, [1956] Ch. 323; [1956] 1 All E.R. 129.)

Le même passage, qui a été invoqué par le juge en chef adjoint Thurlow, figure dans la 7^e édition.

En confrontant le jugement rendu par le juge en chef adjoint Thurlow avec ce passage, on peut se rendre compte que les termes qu’il a utilisés, à savoir «en l’absence de toute disposition contraire dans le contrat ou dans tout autre document», ne représentent pas une dérogation aux opinions exprimées dans Cheshire selon lesquelles, fonda-

the *situs* of a simple contract debt, that being the place where it is properly enforceable. Moreover, the decisions of the English Courts which he discussed, *Commissioner of Stamps v. Hope*, [1891] A.C. 476 (P.C.); and *New York Life Insurance Co. v. Public Trustee*, [1924] 2 Ch. 101 (C.A.), are among the many cases cited by the learned editors of that work for that proposition.⁹

I am of the view, therefore, that what Thurlow A.C.J. had in mind was the situation recognized in Cheshire that the terms of a contract creating a simple debt, or the place where a debt is payable in the ordinary course of business, may be looked at for guidance in determining the *situs* of that debt in a case where the debtor is resident in more than one country or, as pointed out by Atkin L.J. in *New York Life* at pages 119-120, possibly in the place where rules of practice permit enforcement of such a debt even though the debtor may no longer reside within the jurisdiction of a court.¹⁰

No contract term of the kind above referred to exists in the case at bar. Assuming, for the moment, that the Canada Employment and Immigration Commission resided both in Ottawa and Vancouver and that the benefits were payable on the Reserve, I cannot see how the respondent can be assisted by the principle that a court may look to the place where a debt is payable in the ordinary course of business in selecting which of two residences of a debtor should determine the *situs* of that debt. In my view, for that principle to apply

⁹ See also Castel, J.-G. *Conflict of Laws: cases, notes and materials*, 2nd ed., Butterworths (Toronto), at pp. 401-402. The proposition was quite recently reaffirmed by the Privy Council in circumstances involving the *situs* of a chose in action created by a non-negotiable promissory note. To the general rule that choses in action are situated where they are properly recoverable (that is, where the debtor resides) are the exceptions of specialty debts and negotiable instruments (*Kwok v. Comr. of Estate Duty*, [1988] 1 W.L.R. 1035 (P.C.), at pp. 1040-1041). See also *English, Scottish and Australian Bank, Ltd. v. Commissioners of Inland Revenue*, [1932] A.C. 238 (H.L.) and *Alloway v Phillips (Inspector of Taxes)*, [1980] 3 All ER 138 (C.A.), per Dunn L.J., at pp. 146-147 for further discussion as to where a simple debt is locally situated in the eyes of the common law.

¹⁰ But compare *Re Banque des Marchands de Moscou (Koupetschesky)*, [1954] 2 All E.R. 746 (Ch.D.).

mentalement, c'est la résidence du débiteur qui détermine le *situs* d'une simple dette contractuelle, car c'est l'endroit où elle est dûment exécutoire. En outre, les décisions des tribunaux anglais qu'il a examinées, c.-à-d. *Commissioner of Stamps v. Hope*, [1891] A.C. 476 (P.C.); et *New York Life Insurance Co. v. Public Trustee*, [1924] 2 Ch. 101 (C.A.), figurent parmi les nombreuses décisions citées par les auteurs de cet ouvrage en faveur de cette proposition⁹.

Je suis donc d'avis que ce que le juge en chef adjoint Thurlow avait en tête, c'était la situation admise dans Cheshire selon laquelle les conditions d'un contrat créant une simple dette, ou l'endroit où une dette doit être payée dans le cours normal des affaires, peuvent servir à déterminer le *situs* de cette dette dans le cas où le débiteur a sa résidence dans plus d'un pays ou, comme le lord juge Atkin l'a fait remarquer dans l'arrêt *New York Life* aux pages 119 et 120, là peut-être où les règles de pratique permettent l'exécution d'une telle dette même si le débiteur ne demeure plus dans le ressort du tribunal¹⁰.

Il n'existe en l'espèce aucune condition contractuelle du genre de celle mentionnée ci-dessus. À supposer, pour le moment, que la Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada avait sa résidence à la fois à Ottawa et à Vancouver et que les prestations devaient être payées sur la réserve, je ne puis concevoir comment l'intimé pourrait tirer profit du principe selon lequel un tribunal peut se tourner vers l'endroit où une dette doit être payée dans le cours normal des affaires pour choisir laquelle des deux résidences d'un débiteur

⁹ Voir également Castel, J.-G. *Conflict of Laws: cases, notes and materials*, 2^e ed., Butterworths (Toronto), aux p. 401 et 402. Le Conseil privé a réaffirmé cette proposition assez récemment dans des circonstances mettant en jeu le *situs* d'un droit incorporel créé par un billet à ordre non négociable. À la règle générale selon laquelle les droits incorporels sont situés là où ils peuvent être dûment recouverts (c'est-à-dire là où réside le débiteur), il y a les exceptions des dettes découlant d'un contrat par acte scellé et des effets négociables (*Kwok v. Comr. of Estate Duty*, [1988] 1 W.L.R. 1035 (P.C.), aux pp. 1040 et 1041). Voir également *English, Scottish and Australian Bank, Ltd. v. Commissioners of Inland Revenue*, [1932] A.C. 238 (H.L.) et *Alloway v Phillips (Inspector of Taxes)*, [1980] 3 All ER 138 (C.A.), motifs de lord juge Dunn, aux p. 146 et 147 pour une étude plus approfondie de l'endroit où une simple dette est située selon la *common law*.

¹⁰ Mais comparer avec *Re Banque des Marchands de Moscou (Koupetschesky)*, [1954] 2 All E.R. 746 (Ch.D.).

it would have to be shown as a minimum that the Commission was resident both elsewhere in Canada and on the Reserve. That is simply not the case.

It is also suggested that the intention to introduce the place where a debt is payable as the basis of a new test for determining the *situs* of a chose in action falling under paragraph 87(b) of the *Indian Act* emerges from the language of Dickson J. in *Nowegijick*, when he stated that the wages there in question were situated on a reserve because the debtor resided there "and it was there the wages were payable". I find the respondent's assertion difficult to accept. Dickson J., like the learned Associate Chief Justice, based himself on an edition of *Cheshire* where such a test is simply not espoused. Also, the debtor-employer in *Nowegijick* had its office on a reserve where, in point of fact, the wages were payable. I do not find in that case a manifest intention to expand the test for determining the *situs* of a simple debt falling within paragraph 87(b).

Finally, I am unable to accept that the residence of the debtor test above discussed ought not to be applied for the reason that it is a conflict of laws test. In *National Indian Brotherhood* the test was applied in determining the *situs* of property falling within paragraph 87(b) of the *Indian Act*, and this was approved in *Nowegijick*. Although the origin of the principle derives from ecclesiastical law,¹¹ it has also been applied in the law of probate and administration and of assignment of debts.¹²

I conclude that the benefits received by the respondent in 1984 were not "property . . . situated on a reserve" within the meaning of paragraph 87(b) of the *Indian Act* and, therefore, are not exempt from income tax.

¹¹ See *New York Life Insurance Co. v. Public Trustee*, [1924] 2 Ch. 101 (C.A.), per Atkin L.J. at p. 119.

¹² See *Bank of Nova Scotia v. Blood* (Appeal #10275, judgment rendered July 7, 1989, (Alta. C.A.)), not reported. See also the discussion in *English, Scottish and Australian Bank, Ltd. v. Commissioners of Inland Revenue*, [1932] A.C. 238 (H.L.).

devrait déterminer le *situs* de cette dette. Selon moi, pour que ce principe puisse s'appliquer, il faudrait, au minimum, commencer par établir que la Commission avait sa résidence tant ailleurs au Canada que sur la réserve. Ce n'est tout simplement pas le cas.

Il a également été dit que l'intention de présenter l'endroit où une dette doit être payée comme fondement d'un nouveau critère pour déterminer le *situs* d'un droit incorporel visé par l'alinéa 87b) de la *Loi sur les Indiens* ressort des termes utilisés par le juge Dickson dans l'arrêt *Nowegijick*, lorsqu'il déclarait que les salaires en question étaient situés sur une réserve parce que le débiteur résidait «et que c'était là que le salaire devait être payé». Je trouve l'affirmation de l'intimé difficile à accepter. Le juge Dickson, tout comme le juge en chef adjoint Thurlow, se fondait sur une édition de *Cheshire* dans laquelle ne figure tout simplement pas un tel critère. De plus, l'employeur débiteur dans l'arrêt *Nowegijick* avait son bureau sur une réserve où, de fait, les salaires devaient être payés. Je ne perçois pas dans cette affaire-là d'intention manifeste d'étendre le critère servant à déterminer le *situs* d'une simple dette visée à l'alinéa 87b).

Enfin, je ne puis admettre que le critère de la résidence du débiteur examiné ci-dessus ne doive pas s'appliquer pour le motif que c'est un critère de conflit de lois. Dans l'affaire *National Indian Brotherhood*, la Cour a appliqué ce critère pour déterminer le *situs* des biens visés par l'alinéa 87b) de la *Loi sur les Indiens*, et cela a été admis dans l'arrêt *Nowegijick*. Bien que la règle vienne du droit ecclésiastique¹¹, elle a été appliquée également en matière de successions et d'administration et en matière de cession de dettes¹².

J'arrive à la conclusion que les prestations reçues par l'intimé en 1984 n'étaient pas des «biens . . . situés sur une réserve» au sens de l'alinéa 87b) de la *Loi sur les Indiens* et qu'elles ne sont donc pas exonérées de l'impôt sur le revenu.

¹¹ Voir *New York Life Insurance Co. v. Public Trustee*, [1924] 2 Ch. 101 (C.A.), motifs du lord juge Atkin, à la p. 119.

¹² Voir *Bank of Nova Scotia v. Blood* (appel #10275, jugement rendu le 7 juillet 1989 (C.A. Alb.)), non publié. Voir également l'analyse dans l'arrêt *English, Scottish and Australian Bank, Ltd. v. Commissioners of Inland Revenue*, [1932] A.C. 238 (H.L.).

Are the enhanced unemployment insurance benefits exempt from income tax by virtue of paragraph 90(1)(b) of the *Indian Act*?

The appellant contends that the Trial Judge erred in deciding that the enhanced benefits are exempt from income tax because they are "personal property that was . . . given to Indians or to a band under a treaty or agreement between a band and Her Majesty" and, therefore, by virtue of paragraph 90(1)(b) of the *Indian Act*, are "deemed always to be situated on a reserve" for the purposes of section 87 of that Act. The Judge was here willing to construe the word "agreement" to embrace the agreement of March 28, 1984 between the Band and the Canada Employment and Immigration Commission.

The appellant takes the position that the word "agreement" must be read in association with the word "treaty" and, as so read, that it may be seen as contemplating only an agreement which focuses specifically on the special relationship between the federal government and Indians or Indian bands and not one by virtue of which a band merely participates in a national program such as that recognized by section 38 of the *Unemployment Insurance Act, 1971*. The submission is also made that the enhanced benefits were not given under the agreement of March 28, 1984 but were paid under an Act of Parliament because, by the terms of the agreement (clause 1), the Commission undertook and agreed "to pay benefits in accordance with section 38 of the *Unemployment Insurance Act, 1971* and the regulations made pursuant thereto".

What must be borne in mind, I think, is that the enhanced benefits were made available to the respondent because of the agreement between the Band and Her Majesty. It could not have been otherwise for, in the absence of that agreement, no benefits could have been paid. The agreement was, thus, central to the operation of section 38 of the *Unemployment Insurance Act, 1971*. I also do not find it unreasonable to describe those benefits as property "given" to an Indian in the sense that word is used in paragraph 90(1)(b) of the *Indian Act*. To so interpret it would, it seems to me, accord with what was envisioned by the *Nowegijick* principle of construction.

Les prestations majorées d'assurance-chômage sont-elles exonérées de l'impôt sur le revenu en vertu de l'alinéa 90(1)b) de la *Loi sur les Indiens*?

^a L'appelante prétend que le juge de première instance a commis une erreur en statuant que les prestations majorées sont exonérées de l'impôt sur le revenu étant donné qu'elles constituent des «biens personnels qui ont été . . . donnés aux Indiens ou à une bande en vertu d'un traité ou d'un accord entre une bande et Sa Majesté» et que par conséquent, en vertu de l'alinéa 90(1)b) de la *Loi sur les Indiens*, ils «sont toujours tenus pour situés sur une réserve» aux fins de l'article 87 de cette Loi. Le juge était alors disposé à interpréter le mot «accord» de façon à y inclure l'accord conclu le 28 mars 1984 entre la bande et la Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada.

^d L'appelante soutient la thèse selon laquelle le mot «accord» doit être interprété en liaison avec le mot «traité» et que, selon cette interprétation, il ne peut être question que d'un accord qui porte tout particulièrement sur les rapports spéciaux entre le gouvernement fédéral et les Indiens ou les bandes indiennes et non pas d'un accord en vertu duquel une bande participe simplement à un programme national comme celui que prévoit l'article 38 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*. Il est également allégué que les prestations majorées n'ont pas été données en vertu de l'accord du 28 mars 1984 mais ont été versées en vertu d'une loi du Parlement parce que, selon les termes de l'accord (l'article 1), la Commission s'est engagée à [TRADUCTION] «verser des prestations conformément à l'article 38 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* et à ses règlements d'application».

^h Ce qu'il faut avoir en tête, je pense, c'est que l'intimé a pu toucher les prestations majorées en raison de l'accord conclu entre la bande et Sa Majesté. Il n'aurait pas pu en être autrement car, en l'absence de cet accord, aucune prestation n'aurait pu être versée. L'accord était donc essentiel à l'application de l'article 38 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*. Il ne me paraît pas non plus déraisonnable de décrire ces prestations comme des biens «donnés» à un Indien dans le sens où ce mot est utilisé à l'alinéa 90(1)b) de la *Loi sur les Indiens*. Une telle interprétation serait, me semble-t-il, en harmonie avec ce que prévoyait la règle d'interprétation énoncée dans l'arrêt *Nowegijick*.

It remains to decide whether these benefits may properly be viewed as given under an "agreement" within the meaning of that paragraph. It is argued that they were made available in pursuance of a national policy to alleviate unemployment recognized in section 38 of the *Unemployment Insurance Act, 1971* and, therefore, were not given under an "agreement" with the Band *qua* Band at all. While the word "treaty", appearing as it does immediately before the word "agreement" in paragraph 90(1)(b), may offer some support for the argument that only an agreement that relates to Indians or Indian bands *per se* is intended, I am not inclined to limit the word in that fashion. Acceptance of this argument would, I think, require us to pay insufficient attention to what I take to be the true import of the *Nowegijick* principle of construction which, if I have understood it correctly, is that canons of construction applicable to the interpretation of other statutes are not to be applied to the interpretation of a statute relating to Indians if the language of such a statute can reasonably be construed to confer tax exemption.¹³ The agreement here in question was made in furtherance of a national policy, but it remained an "agreement" between the Band and Her Majesty in a broad sense. At very least its meaning is doubtful and, as required by *Nowegijick*, such doubt should be resolved in favour of the Indians.¹⁴ I find nothing in the evidence to suggest that persons other than members of the Band were engaged in the job creation project, which, as Schedule E of the agreement thereto provides, had as its objective "to improve the commercial value of Band timber areas".

Having already concluded that the regular unemployment insurance benefits are not exempt from income tax, it follows that only the enhanced portion of the benefits here under discussion are so exempt.

¹³ See also *Saugeen Indian Band v. Canada*, [1990] 1 F.C. 403 (C.A.), *per* MacGuigan J.A., at pp. 416-417; *Metlakatla Ferry Service Ltd. v. The Queen in right of British Columbia* (1987), 37 D.L.R. (4th) 322 (B.C.C.A.), *per* McLachlin J.A., at p. 324.

¹⁴ Compare *Mitchell v. Sandy Bay Indian Band*, [1983] 5 W.W.R. 117 (Man. Q.B.), *per* Morse J., at p. 127.

Il reste à déterminer si ces prestations peuvent être valablement considérées comme données en vertu d'un «accord» au sens de cet alinéa. Il est allégué qu'elles ont été reçues conformément à une politique nationale visant à soulager le chômage et prévue à l'article 38 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* et qu'elles n'ont donc pas été données en vertu d'un «accord» avec la bande en tant que telle. Bien que le mot «traité», qui figure immédiatement avant le mot «accord» à l'alinéa 90(1)(b), puisse venir appuyer jusqu'à un certain point la thèse selon laquelle on a en vue seulement un accord qui vise les Indiens ou les bandes indiennes directement, je ne suis pas prêt à restreindre le mot de cette façon-là. Pour admettre cette allégation, il nous faudrait selon moi ne pas tenir suffisamment compte de ce que je considère être le véritable apport de la règle d'interprétation énoncée dans l'arrêt *Nowegijick* qui, si j'ai bien compris, veut que les critères applicables à l'interprétation des autres lois ne doivent pas s'appliquer à l'interprétation d'une loi relative aux Indiens si le libellé d'une telle loi peut raisonnablement s'interpréter comme conférant une exonération d'impôt¹³. L'accord en cause a été conclu pour promouvoir une politique nationale, mais c'est resté un «accord» entre la bande et Sa majesté dans un sens large. Sa signification est, à tout le moins, ambiguë et, comme l'exige l'arrêt *Nowegijick*, une telle ambiguïté devrait profiter aux Indiens¹⁴. Je ne vois rien dans la preuve qui laisserait supposer que d'autres personnes que des membres de la bande ont été engagées dans le cadre du projet créateur d'emplois, qui, comme le prévoit l'annexe E de l'accord, avait pour but [TRADUCTION] «d'améliorer la valeur commerciale des terres boisées de la réserve».

^h Comme j'ai déjà conclu que les prestations régulières d'assurance-chômage ne sont pas exonérées de l'impôt sur le revenu, il s'ensuit que seule la partie majorée des prestations en question est exonérée.

¹³ Voir également *Bande indienne de Saugeen c. Canada*, [1990] 1 C.F. 403 (C.A.), motifs du juge MacGuigan, J.C.A., aux p. 416 et 417; *Metlakatla Ferry Service Ltd. v. The Queen in right of British Columbia* (1987), 37 D.L.R. (4th) 322 (C.A.C.-B.) McLachlin, J.C.A., à la p. 324.

¹⁴ Comparer avec l'arrêt *Mitchell v. Sandy Bay Indian Band*, [1983] 5 W.W.R. 117 (B.R. Man.), motifs du juge Morse, à la p. 127.

DISPOSITION

I would therefore allow the appeal, set aside the judgment of the Trial Division dated December 15, 1988 and refer the matter back to the Minister for reassessment on the basis that the regular unemployment insurance benefits received by the respondent during the 1984 taxation year are not exempt from income tax but that the enhanced portion of unemployment insurance benefits received by the respondent during that year is exempt from income tax. Success being fairly evenly divided, I would make no order as to costs.

PRATTE J.A.: I agree.

HEALD J.A.: I agree.

LA DÉCISION

J'accueillerais donc l'appel, annulerais le jugement rendu par la Section de première instance en date du 15 décembre 1988 et renverrais l'affaire au ministre afin qu'il établisse une nouvelle cotisation en tenant compte du fait que les prestations régulières d'assurance-chômage reçues par l'intimé durant l'année d'imposition 1984 ne sont pas exonérées de l'impôt sur le revenu mais que la partie majorée des prestations d'assurance-chômage reçues par l'intimé durant cette année-là est exonérée de l'impôt sur le revenu. Comme les deux parties ont obtenu gain de cause de façon presque égale, je ne rendrais pas d'ordonnance quant aux dépens.

LE JUGE PRATTE, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

LE JUGE HEALD, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs

A-408-88

A-408-88

Great Lakes Towing Company (*Appellant*)Great Lakes Towing Company (*appelante*)

v.

c.

North Central Maritime Corporation (*Respondent*)^a North Central Maritime Corporation (*intimée*)

A-409-88

A-409-88

Great Lakes Towing Company, The Tug *Ohio* and the Tug *South Carolina* (*Defendants-Appellants*)^b Great Lakes Towing Company, le remorqueur *Ohio* et le remorqueur *South Carolina* (*défendeurs-appellants*)

v.

c.

The Owners and Operators of the M.V. *Rhône*, Vinalmar S.A. of Basle, Switzerland, The M.V. *Rhône* (*Plaintiffs-Respondents*)^c Les propriétaires et exploitants du navire *Rhône*, Vinalmar S.A. de Bâle, Suisse, le navire *Rhône* (*demandeurs-intimés*)

and

et

The M.V. *Peter A.B. Widener*, The Owners and Operators of the M.V. *Peter A.B. Widener*, The Tug *Ste. Marie II*, The Tug *Rival*, McAllister Towing & Salvage Ltd., Bury Court Shipping Company Ltd., North Central Maritime Corporation, Seaway Dredge & Dock Company Incorporated (Now "Seaway Towing Inc.") (*Defendants-Respondents*)^d Le navire *Peter A.B. Widener*, les propriétaires et exploitants du navire *Peter A.B. Widener*, le remorqueur *Ste. Marie II*, le remorqueur *Rival*, McAllister Towing & Salvage Ltd., Bury Court Shipping Company Ltd., North Central Maritime Corporation, Seaway Dredge & Dock Company Incorporated (maintenant «Seaway Towing Inc.») (*défendeurs-intimés*)INDEXED AS: *RHÔNE (THE) v. PETER AB WIDENER (THE)* (C.A.)^e RÉPERTORIÉ: *RHÔNE (LE) c. PETER AB WIDENER (LE)* (C.A.)

Court of Appeal, Pratte, Hugessen and Desjardins JJ.A.—Montréal, November 7 and 8, 1989; Ottawa, February 6, 1990.

^f Cour d'appel, juges Pratte, Hugessen et Desjardins, J.C.A.—Montréal, 7 et 8 novembre 1989; Ottawa, 6 février 1990.

Maritime law — Torts — Appeal from trial judgment finding two tugs and barge under tow responsible for damages caused by collision between barge and moored vessel — Helper tugs not liable where under control and management of superior tug — No obligation to lead disculpatory or any evidence — Res ipsa loquitur not creating presumption of law — Limitation of liability under Canada Shipping Act, s. 575 — Owners must show no actual fault of physical person who is directing mind and will of company — Inadequate supervision of captain of lead tug not constituting actual fault as not contributing to casualty — Person responsible for fleet maintenance not in actual fault in light of finding inspections numerous and sophisticated — Finding of actual fault making shipowners insurers whenever casualty resulting from equipment failure, contrary to law — Captain of lead tug directing mind and will of corporate owner because of extended duties

^g *Droit maritime — Responsabilité délictuelle — Appel d'un jugement de première instance tenant deux remorqueurs et une barge remorquée responsables des dommages résultant de la collision survenue entre la barge et un navire amarré — Non-responsabilité des remorqueurs auxiliaires qui sont placés sous le contrôle et la direction d'un remorqueur supérieur — Pas d'obligation de présenter une preuve disculpatoire ou toute autre preuve — La règle res ipsa loquitur ne crée pas une présomption de droit — Limitation de responsabilité en vertu de la Loi sur la marine marchande du Canada, art. 575 — Les propriétaires doivent établir l'absence de faute réelle de la part de la personne physique qui incarne l'âme dirigeante de la compagnie — La surveillance inadéquate du capitaine du remorqueur de tête ne constitue pas une faute réelle car elle n'a pas contribué à l'accident — Le responsable de l'entretien de la flotte n'a pas commis de faute réelle compte tenu du nombre et du caractère sophistiqué des inspections — Il est contraire à la règle de droit de faire des propriétaires de navires des assureurs en leur imputant une faute réelle dans tous les cas d'accidents résultant d'un bris d'équipement — Le capitaine du remorqueur de tête est l'une des âmes dirigeantes*

for conduct of whole flotilla — Sufficient to support dismissal of claim to limit liability.

Maritime law — Contracts — Contributory negligence of barge owners in contract action not pleaded, although pleaded in related tort action — Cannot be raised for first time on appeal — Limitation of liability clause in published tariff of rates not binding as no evidence defendant receiving copy of tariff or informed of its existence.

These were appeals from the trial judgment finding two tugs (the *Ohio* and the *South Carolina*) and the tow (*Peter A.B. Widener*) liable for damages sustained by the *Rhône*. The *Rhône* was moored at a pier in the Port of Montréal when it was struck by the *Widener*, a barge which was in tow of four tugs. The *Ohio* was the lead tug and her master had overall command of the tow. The current caused the *Widener* to shear to starboard, placing strain on the *Ohio's* towing machine and causing the fair-lead to break. The shear proved uncontrollable and the collision resulted. The owners of the *Rhône* brought an action in tort against all five ships in the flotilla and the owners of the *Widener* brought an action in contract against the tug owners. The Trial Judge found that the collision was caused by faults committed in the navigation of the *Ohio*, the *Widener* and the *South Carolina*. He also found the *Widener* at fault for failing to maintain proper communication with the master of the *Ohio* and for not dropping anchor. He held that there was a presumption of fault against the *South Carolina* which had not been rebutted because her master had not given evidence at trial. He assigned eighty per cent of the responsibility to the owners of the two tugs and the balance to the owners of the *Widener*. He dismissed the tug owners' claim to limit their liability under *Canada Shipping Act*, paragraph 575(1)(d) which limits a shipowner's liability where property damage is caused through the act or omission of any person, whether on the ship or not, in the navigation of the ship where the shipowner is not actually at fault. He found that the directing mind and will of the corporate owners of the tugs was represented by the captains and that it had not been shown that the collision had occurred without actual fault and privity on their part. In the contract action, he ordered that the owners of the *Widener* should recover the entire amount of their damage from the owners of the responsible tugs, finding that said owners were in breach of their contractual obligations and that the limitation of liability in the published tariff did not form part of the contract between the parties. In dismissing the action against one of the tugs, the Trial Judge made a Sanderson order by which the costs of the successful defendant were to be borne by the unsuccessful defendants. The issues on appeal concerned findings of liability arising from damage caused to the *Rhône*, the rights of the tug owners to limit liability under the *Canada Shipping Act* and liability arising from damage caused to the *Widener*.

de la personne morale propriétaire en raison de l'étendue de ses responsabilités dans la conduite de la flotille — Cette conclusion suffit à justifier le rejet de la demande de limitation de la responsabilité.

Droit maritime — Contrats — La négligence concourante des propriétaires de la barge n'a pas été plaidée en défense à l'action contractuelle, bien qu'elle l'ait été dans l'action délictuelle connexe — Ce moyen ne peut être soulevé pour la première fois en appel — La clause limitative de responsabilité stipulée dans le tarif publié des taux n'est pas contraignante vu qu'il n'y a aucune preuve établissant que la défenderesse a reçu un exemplaire du tarif ou a été informée de son existence.

Il s'agit d'appels interjetés à l'encontre du jugement de première instance tenant deux remorqueurs (l'*Ohio* et le *South Carolina*) ainsi que la remorque (*Peter A.B. Widener*) responsables des dommages subis par le *Rhône*. Le *Rhône* était amarré à quai dans le port de Montréal lorsqu'il a été frappé par le *Widener*, une barge tirée par quatre remorqueurs. L'*Ohio* était le remorqueur de tête et son capitaine avait l'entier commandement du remorquage. Le courant a fait dériver le *Widener* à tribord, ce qui a exercé une pression sur l'appareil de remorquage de l'*Ohio* et entraîné le bris du guide-câbles. La dérive s'est révélée incontrôlable, d'où la collision. Les propriétaires du *Rhône* ont intenté une action délictuelle contre les cinq navires de la flotille et les propriétaires du *Widener* ont intenté une action contractuelle contre les propriétaires des remorqueurs. Le juge de première instance a conclu que la collision avait été causée par les fautes de navigation commises par l'*Ohio*, le *Widener* et le *South Carolina*. Il a également jugé que le *Widener* était fautif pour avoir négligé d'assurer une communication adéquate avec le capitaine de l'*Ohio* et n'avoir pas jeté l'ancre. Il a conclu qu'il existait contre le *South Carolina* une présomption de faute qui n'avait pas été réfutée parce que son capitaine n'avait pas témoigné à l'audience. Il a attribué quatre-vingt pour cent de la faute aux propriétaires des deux remorqueurs et le solde aux propriétaires du *Widener*. Il a rejeté la demande des propriétaires des remorqueurs qui cherchaient à limiter leur responsabilité en vertu de *Loi sur la marine marchande du Canada*, alinéa 575(1)d), qui limite la responsabilité du propriétaire d'un navire en cas d'avarie causée, sans qu'il y ait faute ou complicité réelle de sa part, par l'acte ou l'omission de toute personne, qu'elle soit ou non à bord, dans la navigation du navire. Il a conclu que l'âme dirigeante de la compagnie propriétaire des remorqueurs était incarnée par les capitaines et qu'il n'avait pas été établi que la collision était survenue sans faute ou complicité réelle de leur part. Dans l'action contractuelle, il a ordonné que les propriétaires du *Widener* soient entièrement dédommés par les propriétaires des remorqueurs responsables, estimant que ces derniers n'avaient pas exécuté leurs obligations contractuelles et que la clause limitative de responsabilité contenue dans le tarif publié ne faisait pas partie du contrat intervenu entre les parties. En rejetant l'action contre l'un des remorqueurs, le juge de première instance a prononcé une ordonnance de type Sanderson aux termes de laquelle les frais de la défenderesse ayant eu gain de cause devaient être supportés par les défendeurs perdants. Les questions soulevées en appel portent sur la responsabilité résultant des dommages causés au *Rhône*, le droit des propriétaires des remorqueurs de limiter leur responsabilité en vertu de la *Loi sur la marine marchande du Canada* ainsi que sur la responsabilité résultant des dommages causés au *Widener*.

Held, the appeals should be dismissed except the condemnation against the tug *South Carolina* should be struck.

Although the Trial Judge's findings of fault against the *Ohio* were solidly based in the evidence, his finding of fault against the *South Carolina* was based on what he perceived to be a failure on the part of that ship to lead any evidence as to her actions at the critical time. The Trial Judge approached the matter as if the rule of *res ipsa loquitur* created a presumption of law, which it does not. It is simply a description of a situation. The Trial Judge also erred in thinking that there was no evidence as to the orders received by the *South Carolina*, the manner of carrying them out and the decision to get out of the way. Statements of the two captains on board the *South Carolina* entered into evidence by agreement, and the examination for discovery of the captain of the *Ohio* indicated that the *South Carolina* carried out the orders received from the tug *Ohio* up to and including the moment of collision. Helper tugs should not be condemned for a fault not their own, where they are under the control and management of a superior tug. The *South Carolina* was under no obligation to lead independent evidence to disculpate herself, or indeed to lead any evidence at all. Since there was uncontradicted evidence as to the *South Carolina's* actions and as it was wholly disculpatory, the Trial Judge erred in finding this tug at fault. As to the liability of the *Widener*, the Trial Judge found its captain negligent for failing to inform himself as to what was going on on board the *Ohio* when the towing machine broke, not simply for failing to communicate with the captain of the *Ohio*. Although the captain testified that he had no reason to suspect that anything was wrong, it was open to the Trial Judge to prefer the expert's evidence (that if the captain had been keeping a proper lookout, he could not have failed to realize that the *Ohio* had lost control of the tow) to that of the captain. There was no manifest error. Once it is accepted that the captain on the *Widener* was negligent in not realizing what was happening on board the *Ohio*, the Trial Judge's further finding that he was at fault for failure to drop anchor was understandable. Dropping anchor was one of the few things the *Widener* could do in her own navigation. The Trial Judge's acceptance of evidence that a timely dropping of anchors would have prevented the collision justified his finding of fault. Furthermore, the *Widener's* owners had placed her in command of a captain, who was their servant and for whose actions they were responsible. They cannot escape liability for errors of navigation of their own servant. Failure to drop anchor was a specific error in the navigation of the *Widener*, not an error in the navigation of the tug. The Trial Judge's apportionment of liability was reasonable and would have been the same even in the absence of the

Arrêt: les appels devraient être rejetés, sauf quant à la condamnation prononcée contre le remorqueur *South Carolina* qui devrait être radiée.

Bien que la conclusion du juge de première instance selon laquelle une faute devait être imputée à l'*Ohio* ait été solidement appuyée par la preuve, il a attribué une faute au *South Carolina* en se fondant sur ce qu'il a perçu comme le défaut de la part de ce navire de présenter une preuve concernant ses agissements au moment critique. Le juge de première instance a abordé la question comme si la règle *res ipsa loquitur* créait une présomption de droit, ce qui n'est pas le cas. Elle ne fait que décrire une situation. Le juge de première instance a également commis une erreur en croyant qu'il ne disposait d'aucun élément de preuve concernant les ordres qu'avait reçus le *South Carolina*, la manière dont il les avait exécutés et la décision de se dégager. Les déclarations faites par les deux capitaines à bord du *South Carolina* déposées d'un commun accord en preuve, ainsi que l'interrogatoire au préalable du capitaine de l'*Ohio* indiquent que le *South Carolina* a exécuté les ordres qu'il a reçus du remorqueur *Ohio* jusqu'au moment et à l'instant même de la collision. Les remorqueurs auxiliaires ne sauraient être condamnés pour une faute qui n'est pas la leur lorsqu'ils sont placés sous le contrôle et la direction d'un remorqueur supérieur. Le *South Carolina* n'était aucunement tenu de présenter une preuve indépendante pour se disculper, voire même de présenter quelque preuve que ce soit. Étant donné que les agissements du *South Carolina* ont fait l'objet d'une preuve non contredite et entièrement disculpatoire, le juge de première instance était dans l'erreur lorsqu'il a conclu à la faute de ce remorqueur. En ce qui concerne la responsabilité du *Widener*, le juge de première instance a conclu à la négligence de son capitaine, non pas simplement parce qu'il n'avait pas communiqué avec le capitaine de l'*Ohio*, mais parce qu'il ne s'était pas enquis de ce qui se passait à bord de l'*Ohio* au moment du bris de l'appareil de remorquage. Bien que le capitaine ait déclaré dans son témoignage n'avoir eu aucune raison de penser que quelque chose n'allait pas, il était loisible au juge de première instance de préférer le témoignage de l'expert (portant que s'il avait assuré une surveillance adéquate, le capitaine n'aurait pu manquer de voir que l'*Ohio* avait perdu le contrôle de la remorque) à celui du capitaine. Il n'y a eu aucune erreur manifeste. Une fois qu'on a admis que le capitaine à bord du *Widener* a fait montre de négligence en ne se rendant pas compte de ce qui se passait à bord de l'*Ohio*, il devient facile de comprendre l'autre conclusion du juge de première instance suivant laquelle le capitaine a commis une faute en ne jettant pas l'ancre. La décision de jeter l'ancre était l'une des rares que le *Widener* pouvait prendre de son propre chef. C'est sur les éléments de preuve établissant que la collision aurait pu être évitée si les ancres avaient été jetées en temps voulu que le juge de première instance s'est appuyé pour conclure à la faute du *Widener*. Au surplus, les propriétaires du *Widener* avaient placé leur navire sous le commandement d'un capitaine qui était leur préposé et des actes duquel ils étaient responsables. Ils ne peuvent échapper à toute responsabilité pour les erreurs de navigation commises par leur propre préposé. Le défaut de jeter l'ancre constituait une erreur de navigation spécifique dans la conduite du *Widener*, et non une erreur dans la conduite du remorqueur. Le partage de la responsabilité était raisonnable et aurait été identique en l'absence du *South Carolina*. Le prononcé d'une ordonnance San-

South Carolina. It was within the Trial Judge's discretion to make a Sanderson order.

The owners of a tug can limit their liability based on the tonnage of the tug alone. The burden of establishing that he is without "actual fault" and is therefore entitled to limit liability falls upon the shipowner and is a heavy one. Where a ship is owned by a body corporate, the actual fault which will have the effect of denying the benefit of the statutory limitation of liability to the corporate shipowner must be that of a physical person who is "the directing mind and will" of the company. The Trial Judge found actual fault in the vice-president of the tugs' corporate owner because of his inadequate supervision of the captain of the *Ohio*. While an owner may be in actual fault through sins of omission, such omissions must be causally related to the casualty. There was no suggestion that a lack of supervision by the owners contributed to the casualty. The captain's specific acts of negligence were within the normal authority and scope of activity of a captain. Secondly, the Trial Judge erred in finding that the man responsible for maintenance and repairs of the fleet was in actual fault. Although there was a causal relation between the breaking of the towing machine and the damage, the Trial Judge imposed an impossibly high standard upon the owners. He described the company's equipment inspection and maintenance systems as "numerous and sophisticated". The consequence of his finding is to turn shipowners into insurers every time a casualty results from an equipment failure. That is not the law. Finally, although the case was at the outer margins of the application of the doctrine of corporate identification there was no error in principle or palpable misunderstanding of the facts when the Trial Judge found that the captain of the tug, *Ohio* was a directing mind and will of the corporate owner. The question of who is a corporation's alter ego or directing mind and will is essentially one of fact: a corporation may have more than one "directing mind and will" and different persons may constitute the alter ego for specific purposes; and, an individual may by reason of geographical isolation or other circumstances be considered to be the alter ego for certain purposes even though that individual may not occupy a position at the top of the corporate hierarchy. Kelch had extended duties with respect to the whole fleet. He was the towmaster and vested with authority to give commands to all the captains of the fleet, although his appointment to command the flotilla was not made by or with the knowledge of anyone senior to him in the organization. He was described as part of management, as being a salaried employee, as the fleet captain, the "trouble shooter" and the person responsible for breaking in new captains. He also took care of the papers for all 44 of the tugs. The fact that he was also acting as master and that his negligence was committed in that capacity is irrelevant. In light of the heavy burden on the shipowner who invokes the statutory limitation, these circumstances were enough to permit the Trial Judge to find that Captain Kelch was a directing mind and will of the corporate owner, at least for the purposes of this specific tow. The finding

person relevait du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance.

Les propriétaires d'un remorqueur peuvent limiter leur responsabilité en fonction de la seule jauge du navire. C'est au propriétaire du navire qu'il appartient d'établir l'absence de «faute réelle» de sa part, et donc son droit de limiter sa responsabilité. C'est un lourd fardeau. Dans le cas où un navire est la propriété d'une personne morale, la faute réelle qui aura pour effet de priver cette personne morale du bénéfice de la limitation légale de responsabilité devra être celle de la personne physique qui en incarne «l'âme dirigeante». Le juge de première instance a conclu à la faute réelle du vice-président de la personne morale propriétaire des remorqueurs en raison de la surveillance inadéquate qu'il aurait exercée sur le capitaine de l'*Ohio*. Même si un propriétaire peut se rendre coupable de faute réelle par omission, il reste qu'il doit y avoir un lien de causalité entre ces omissions et l'accident. Or rien n'indique que le défaut de surveillance des propriétaires ait contribué à l'accident. Les actes spécifiques de négligence imputés au capitaine relevaient de l'autorité et de la compétence normales d'un capitaine. En second lieu, le juge de première instance a commis une erreur en concluant qu'il y avait eu faute réelle de la part de l'homme qui était responsable de l'entretien et de la réparation de la flotte. Bien qu'il y ait eu une relation causale entre le bris de l'appareil de remorquage et le dommage, le juge de première instance a imposé aux propriétaires une norme d'une rigueur impossible à satisfaire. Il a décrit les systèmes d'inspection et d'entretien de l'équipement de la compagnie comme «nombreux et sophistiqués». Les conclusions du juge de première instance à cet égard ont pour effet de transformer les propriétaires de navires en assureurs chaque fois qu'un accident résulte d'un bris d'équipement. Telle n'est pas la règle de droit. Enfin, bien que l'espèce se situe à la limite extrême de l'application de la doctrine de l'identification corporative, le juge de première instance n'a pas commis d'erreur de principe ou fait montre d'une incompréhension manifeste des faits lorsqu'il a jugé que le capitaine du remorqueur *Ohio* était une âme dirigeante de la personne morale propriétaire. La question de savoir qui est l'alter ego ou l'âme dirigeante d'une compagnie est essentiellement une question de fait: une compagnie peut avoir plus d'une «âme dirigeante» et différentes personnes peuvent incarner l'alter ego pour des fins spécifiques; un individu peut aussi, en raison de l'isolement géographique ou d'autres circonstances, être considéré comme l'alter ego pour certaines fins, même s'il n'occupe pas officiellement une position au sommet de la hiérarchie. Le capitaine Kelch assumait des responsabilités étendues à l'égard de l'ensemble de la flotte. Maître du remorquage, il avait le pouvoir de donner des ordres à tous les capitaines, encore que sa nomination aux commandes de la flotille n'émanait pas ni n'avait été faite à la connaissance de ses supérieurs au sein de l'organisation. On le décrit comme membre de la direction de la compagnie, employé salarié, capitaine de la flotte, expert en dépannage et responsable de l'entraînement des nouveaux capitaines. C'est également lui qui s'occupait des documents des 44 remorqueurs. Le fait qu'il agissait également comme capitaine et que c'est en cette qualité qu'il a commis sa négligence n'est pas pertinent. Compte tenu du lourd fardeau qui incombe au propriétaire de navire invoquant la limitation de responsabilité prévue par la loi, l'ensemble de ces faits permettait au juge de première instance de conclure que le capitaine Kelch incarnait une âme dirigeante de

with respect to Kelch is enough to support the dismissal of the claim of the owner to limit liability under the Act.

The Trial Judge did not apportion damages in the contract action for damage to the *Widener*. Although contributory negligence was pleaded in the tort action, it was not pleaded in the contract action and was not considered. It cannot be raised for the first time on appeal. The plaintiff was not bound by a limitation of liability clause in its published tariff of rates since there was no evidence that the defendant received a copy of the tariff or was even informed of the existence of a tariff containing a limitation of liability.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canada Shipping Act, R.S.C., 1985, c. S-9, s. 575(1).
Canada Shipping Act, R.S.C. 1970, c. S-9, s. 647(2).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Richardson (James) & Sons, Ltd. v. "Robert J. Paisley", [1930] 2 D.L.R. 257 (P.C.); *Stein et al. v. "Kathy K" et al. (The Ship)*, [1976] 2 S.C.R. 802; (1975), 62 D.L.R. (3d) 1; 6 N.R. 359; *Lennard's Carrying Company v. Asiatic Petroleum Company*, [1915] A.C. 705 (H.L.); *Wishing Star Fishing Co. v. B.C. Baron (The)*, [1988] 2 F.C. 325; (1987), 45 D.L.R. (4th) 321; 81 N.R. 309 (C.A.); *Canadian Dredge & Dock Co. et al. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 662; (1985), 19 C.C.C. (3d) 1; 45 C.R. (3d) 289; 59 N.R. 241; 9 O.A.C. 321.

DISTINGUISHED:

The Lady Gwendolen, [1965] 1 Lloyd's Rep. 335 (C.A.); *Grand Champion Tankers Ltd v Norpipe A/S (The Marion)*, [1984] 2 All ER 343 (H.L.); *Northern Fishing Company (Hull), Ltd. v. Eddom and Others*, [1960] 1 Lloyd's Rep. 1 (H.L.).

CONSIDERED:

The Bramley Moore, [1963] 2 Lloyd's Rep. 429 (C.A.); *H.L. Bolton (Engineering) Co. Ltd. v. T.J. Graham & Sons Ltd.*, [1957] 1 Q.B. 159 (C.A.); *R. v. St. Lawrence Corp. Ltd. (and nineteen others)*, [1969] 2 O.R. 305; (1969), 5 D.L.R. (3d) 263; [1969] 3 C.C.C. 263; 59 C.P.R. 97; 7 C.R.N.S. 265 (C.A.); *R. v. H.J. O'Connell Ltd.*, [1962] B.R. 666 (Que. C.A.).

REFERRED TO:

Sanderson v. Blyth Theatre Company, [1903] 2 K.B. 533 (C.A.); *Macdonalds Consolidated Ltd. v. The Viajero*, [1977] 1 F.C. 648 (T.D.); *Apple Computer, Inc. et al. v. Mackintosh Computers Ltd. et al.* (1987), 43 D.L.R.

la personne morale propriétaire, du moins aux fins de ce remorquage spécifique. La conclusion qu'il tire à l'endroit du capitaine Kelch suffit à justifier son rejet de la limitation de responsabilité revendiquée en vertu de la Loi.

Dans l'action contractuelle, le juge de première instance n'a pas partagé la responsabilité quant aux dommages causés au *Widener*. Bien que la négligence concourante ait été plaidée dans l'action délictuelle, ce moyen n'a pas été soulevé dans l'action contractuelle et n'a donc pas été examiné. Il ne saurait être soulevé pour la première fois en appel. La demanderesse n'était pas liée par la clause limitative de responsabilité stipulée dans le tarif publié de ses taux étant donné que rien ne prouve que la défenderesse ait reçu une copie du tarif ou même qu'elle ait été informée de l'existence d'un tarif comportant une clause semblable.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur la marine marchande du Canada, L.R.C. (1985), chap. S-9, art. 575(1).

Loi sur la marine marchande du Canada, S.R.C. 1970, chap. S-9, art. 647(2).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Richardson (James) & Sons, Ltd. v. "Robert J. Paisley", [1930] 2 D.L.R. 257 (P.C.); *Stein et autres c. "Kathy K" et autres (Le navire)*, [1976] 2 R.C.S. 802; (1975), 62 D.L.R. (3d) 1; 6 N.R. 359; *Lennard's Carrying Company v. Asiatic Petroleum Company*, [1915] A.C. 705 (H.L.); *Wishing Star Fishing Co. c. B.C. Baron (Le)*, [1988] 2 C.F. 325; (1987), 45 D.L.R. (4th) 321; 81 N.R. 309 (C.A.); *Canadian Dredge & Dock Co. et autres c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 662; (1985), 19 C.C.C. (3d) 1; 45 C.R. (3d) 289; 59 N.R. 241; 9 O.A.C. 321.

DISTINCTION FAITE AVEC:

The Lady Gwendolen, [1965] 1 Lloyd's Rep. 335 (C.A.); *Grand Champion Tankers Ltd v Norpipe A/S (The Marion)*, [1984] 2 All ER 343 (H.L.); *Northern Fishing Company (Hull), Ltd. v. Eddom and Others*, [1960] 1 Lloyd's Rep. 1 (H.L.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

The Bramley Moore, [1963] 2 Lloyd's Rep. 429 (C.A.); *H.L. Bolton (Engineering) Co. Ltd. v. T.J. Graham & Sons Ltd.*, [1957] 1 Q.B. 159 (C.A.); *R. v. St. Lawrence Corp. Ltd. (and nineteen others)*, [1969] 2 O.R. 305; (1969), 5 D.L.R. (3d) 263; [1969] 3 C.C.C. 263; 59 C.P.R. 97; 7 C.R.N.S. 265 (C.A.); *R. v. H.J. O'Connell Ltd.*, [1962] B.R. 666 (C.A. Qué.).

DÉCISIONS CITÉES:

Sanderson v. Blyth Theatre Company, [1903] 2 K.B. 533 (C.A.); *Macdonalds Consolidated Ltd. c. The Viajero*, [1977] 1 C.F. 648 (1^{re} inst.); *Apple Computer, Inc. et autre c. Mackintosh Computers Ltd. et autres* (1987), 43

(4th) 184; 14 C.I.P.R. 315; 12 F.T.R. 287 (F.C.T.D.); *McCutcheon v. MacBrayne (David), Ltd.*, [1964] 1 All E.R. 430 (H.L.).

AUTHORS CITED

Fleming, John G. *The Law of Torts*, 7th ed. Sydney: The Law Book Company Ltd., 1987.
 McGuffie, Kenneth C. *British Shipping Laws*, vol. 4 "The Law of Collisions at Sea", London: Stevens & Sons Limited, 1961.
 Parks, Alex L. *The Law of Tug, Tow and Pilotage*, 2nd ed. Centreville, Maryland: Cornell Maritime Press, 1982.
 Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 2nd ed. Toronto: Canada Law Book Ltd., 1984.

COUNSEL:

Marc Nadon for Great Lakes Towing Company.
Trevor H. Bishop for McAllister Towing & Salvage Ltd.
Jon H. Scott and *Nancy Cleman* for Vinalmar S.A. (Owners of the M.V. "Rhône").
Edouard Baudry for North Central Maritime Corporation.

SOLICITORS:

Martineau, Walker, Montréal for Great Lakes Towing Company.
Brisset, Bishop, Davidson, Montréal, for McAllister Towing & Salvage Ltd.
McMaster Meighen, Montréal, for Vinalmar S.A. (Owners of the M.V. "Rhône").
Lavery, O'Brien, Montréal, for North Central Maritime Corporation.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

HUGESSEN J.A.:

THE FACTS

These two appeals arise out of a collision which occurred November 7, 1980, in the Port of Montréal. The motor vessel *Rhône* was moored at Pier 34. She was struck on her port side forward by the vessel *Peter A.B. Widener*, which was at that time in tow of four tugs, the *Ohio*, the *South Carolina*, the *Ste. Marie II* and the *Rival*.

The *Rhône* is a wine tanker. She is owned by Vinalmar S.A. of Basle, Switzerland.

D.L.R. (4th) 184; 14 C.I.P.R. 315; 12 F.T.R. 287 (C.F. 1^{re} inst.); *McCutcheon v. MacBrayne (David), Ltd.*, [1964] 1 All E.R. 430 (H.L.).

DOCTRINE

Fleming, John G. *The Law of Torts*, 7th ed. Sydney: The Law Book Company Ltd., 1987.
 McGuffie, Kenneth C. *British Shipping Laws*, vol. 4, «The Law of Collisions at Sea», London: Stevens & Sons Limited, 1961.
 Parks, Alex F. *The Law of Tug, Tow and Pilotage*, 2nd ed. Centreville, Maryland: Cornell Maritime Press, 1982.
 Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 2nd ed. Toronto: Canada Law Book Ltd., 1984.

AVOCATS:

Marc Nadon pour Great Lakes Towing Company.
Trevor H. Bishop pour McAllister Towing & Salvage Ltd.
Jon H. Scott et *Nancy Cleman* pour Vinalmar S.A. (propriétaires du navire «Rhône»
Edouard Baudry pour North Central Maritime Corporation.

PROCUREURS:

Martineau, Walker, Montréal pour Great Lakes Towing Company.
Brisset, Bishop, Davidson, Montréal, pour McAllister Towing & Salvage Ltd.
McMaster Meighen, Montréal, pour Vinalmar S.A. (propriétaires du navire «Rhône»
Lavery, O'Brien, Montréal, pour North Central Maritime Corporation.

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

LE JUGE HUGESSEN, J.C.A.:

LES FAITS

Les deux présents appels résultent d'une collision survenue le 7 novembre 1980 dans le port de Montréal. Le navire à moteur *Rhône*, qui était amarré au quai 34, a été frappé à bâbord avant par le navire *Peter A.B. Widener*, lequel était tiré par quatre remorqueurs, l'*Ohio*, le *South Carolina*, le *Ste. Marie II* et le *Rival*.

Le *Rhône* est un pinardier, propriété de la société Vinalmar de Bâle, en Suisse.

The *Widener* is 605 feet long. She is a dead ship. She had once been a laker but her engines have been removed and her rudder immobilized. She served as a barge, albeit a very large one. She had no power other than that furnished by small auxiliary motors, used to activate running lights, anchor winches and other deck gear. She was in command of Captain Lyons and had a crew of three. She is owned by North Central Maritime Corporation.

The *Ohio* is a large and powerful across-the-lakes tug. She has 2,000 h.p. and was at all relevant times in command of Captain Kelch.

The *South Carolina* is a smaller tug, having 1,230 h.p. and was at all relevant times in command of Captain Kurdas.

Both the *Ohio* and *South Carolina* are owned by Great Lakes Towing Company.

The *Ste. Marie II* is a little smaller than the *South Carolina*, having 1,000 h.p., and was in command of Captain Wellington. She is owned by the owners of the *Widener*, North Central Maritime Corporation.

The *Rival* is the smallest of the four tugs, with 950 h.p. She was in command of Captain Héту and is owned by McAllister Towing & Salvage Ltd. and operated by Bury Court Shipping Company Ltd.

The five ships comprising the flotilla of which the *Widener* was the centre were disposed as follows at the relevant time:

The *Ohio* was the lead tug and had a towline going from the towing machine on her after deck back to a bridle made fast to the stem of the *Widener*. The *South Carolina* was made fast by a line from her bow to a stanchion on the *Widener's* deck, on the starboard side at about one-third of the way aft. The *Ste. Marie II* was attached in a similar fashion at a corresponding position on the *Widener's* port side. The *Rival* was made fast to the stern of the *Widener* by a line leading from her bow.

D'une longueur de 605 pieds, le *Widener* est un navire sans force automotrice. Ancien lacquier, privé de ses moteurs et son gouvernail immobilisé, il a été transformé en péniche malgré ses dimensions importantes. À l'exception de petites génératrices auxiliaires qui servent à alimenter l'éclairage, les treuils et autres appareils de pont, le navire est dépourvu de toute puissance. Il était placé sous la gouverne du capitaine Lyons et son équipage se composait de trois personnes. North Central Maritime Corporation en est propriétaire.

L'*Ohio* est un gros remorqueur de forte puissance (2 000 CV) naviguant sur les Grands Lacs. À l'époque en cause, son commandement relevait du capitaine Kelch.

Plus petit, le *South Carolina* possède une puissance de 1 230 CV. A l'époque pertinente, il était sous le commandement du capitaine Kurdas.

L'*Ohio* et le *South Carolina* appartiennent tous deux à Great Lakes Towing Company.

Doté d'une force de 1 000 CV, le *Ste. Marie II* est un peu plus petit que le *South Carolina*. Il était sous les ordres du capitaine Wellington. Son propriétaire est North Central Maritime Corporation, laquelle possède également le *Widener*.

Avec une puissance de 950 CV, le *Rival* est le plus petit des quatre remorqueurs. Le capitaine Héту était aux commandes. La société McAllister Towing & Salvage Ltd. en est le propriétaire et Bury Court Shipping Company Ltd., l'exploitant.

À l'époque en cause, les cinq navires composant la flotille dont le *Widener* formait l'élément central étaient ainsi disposés:

L'*Ohio* était le remorqueur de tête. De son appareil de remorquage situé sur le pont arrière, un câble le reliait à une bride attachée à l'étrave du *Widener*. Le *South Carolina* était rattaché par un câble partant de sa proue et allant jusqu'à une épontille fixée au pont du *Widener* par tribord, environ au tiers de la longueur vers l'arrière. Le *Ste. Marie II* était attaché de façon similaire à une position correspondante du côté bâbord du *Widener*. Quant au *Rival*, il était attaché à la poupe du *Widener* par un câble partant de sa proue.

The entire flotilla was in the overall command of Captain Kelch, in the *Ohio*, who acted as towmaster.

The *Widener* carried a load of grain which she had loaded in Saginaw, Michigan. For most of the trip down the Lakes and through the Seaway, only three tugs were used, the *Ohio*, the *South Carolina* and the *Ste. Marie II*, with the *Ohio* always being the lead tug and her master, Kelch, always having overall command of the tow. At the St. Lambert Lock, the *Rival* was added to the flotilla as a stern tug to aid the manoeuvring in the confined waters of the Port of Montréal.

The destination of the *Widener* was Pier 4, in the inner basin of the harbour. Accordingly, on coming out of the Seaway entrance, just below St. Helen's Island, the flotilla immediately executed a turn to port of almost 180 degrees and proceeded upriver against and across the St. Mary's current. At a point upstream of Pier 34, where the *Rhône* lay, the current caught the *Widener's* port bow so as to cause her to shear to starboard. The shear proved difficult to control and, to add to the difficulty, the very great strain on the *Ohio's* towing machine caused the fairlead to break, resulting in several hundred feet of towline being paid out before the effect could be temporarily remedied and the full towing power of the *Ohio* again brought to bear on the *Widener's* bow. Notwithstanding the efforts of all four tugs, the *Widener's* shear proved uncontrollable and her starboard side forward came into contact with the *Rhône's* port side forward.

Immediately after the collision, the *South Carolina* disengaged and backed out so as to avoid being caught between the *Widener* and the *Rhône*. Thereafter the *Widener* dropped an anchor, which had the effect not only of stopping her drift but also of causing her to lie with her head straight to the current. In due course, the four tugs resumed their efforts and the *Widener* was navigated without further incident to her destination at Pier 4.

Both vessels sustained damage in the collision. The damages to the *Rhône* were agreed at the sum

La flotille était entièrement placée sous le commandement du capitaine Kelch qui, à bord de l'*Ohio*, agissait comme maître du remorquage.

a Le *Widener* transportait un chargement de grain qu'il avait embarqué à Saginaw, au Michigan. Pour la majeure partie du voyage à partir des Grands Lacs et dans la Voie maritime, on n'avait utilisé que trois remorqueurs, l'*Ohio*, le *South Carolina* et le *Ste. Marie II*, l'*Ohio* étant toujours le remorqueur de tête et son capitaine, le capitaine Kelch, ayant toujours le commandement de toute l'opération. C'est à l'écluse de St-Lambert que le *Rival* s'est joint à la flotille comme remorqueur de queue afin de faciliter la manoeuvre dans les eaux restreintes du port de Montréal.

Le *Widener* devait se diriger vers le quai n° 4, dans le bassin intérieur du port. Aussi, à la sortie de la Voie maritime, juste en bas de l'Île Ste-Hélène, la flotille a-t-elle immédiatement exécuté un virage à bâbord de près de 180 degrés pour ensuite remonter le fleuve contre le courant Ste-Marie qu'il fallait en même temps traverser. e Arrivé en amont du quai 34 où était amarré le *Rhône*, le courant a frappé le *Widener* par bâbord avant, le faisant dériver à tribord. Cette dérive s'est avérée malaisée à contrôler et, pour ajouter à la difficulté, la très grande tension exercée sur f l'appareil de remorquage de l'*Ohio* a entraîné le bris du guide-câbles: plusieurs centaines de pieds de remorque ont ainsi filé avant que la situation ne puisse être temporairement rétablie et que la pleine puissance de remorquage de l'*Ohio* ne puisse g à nouveau se faire sentir à la proue du *Widener*. Malgré les efforts des quatre remorqueurs, la dérive du *Widener* s'est révélée incontrôlable et son côté tribord avant est entré en contact avec le côté bâbord avant du *Rhône*.

h Immédiatement après la collision, le *South Carolina* a opéré un dégagement et s'est retiré pour éviter d'être coincé entre le *Widener* et le *Rhône*. C'est alors que le *Widener* a jeté l'ancre, ce i qui a eu comme résultat non seulement d'arrêter sa dérive, mais de le placer directement dans le courant. Les quatre remorqueurs ont alors repris leurs efforts et le *Widener* a pu se rendre sans encombre à sa destination au quai n° 4.

j Les deux navires ont subi des dommages dans la collision. D'un commun accord entre les parties,

of \$88,357.89 and those to the *Widener* at \$49,200.

THE PROCEEDINGS

Two actions were brought in the Trial Division. In the first, T-5225-80, the owners of the *Rhône* sought recovery from all five of the ships of the flotilla, all of which denied liability. In addition, Great Lakes Towing, as owners of the *Ohio* and the *South Carolina*, by counterclaim sought to limit their liability pursuant to the provisions of section 575 of the *Canada Shipping Act*.¹

In action T-1066-81, the owners of the *Widener* sought to recover their damages from Great Lakes Towing for breach of the contract of towage. The defendant, besides denying liability, also pleaded a contractual limitation of liability based upon its published tariff.

THE TRIAL JUDGMENT

The Trial Judge, Denault J., [*Ship "Rhône" v. Ship "Peter A.B. Widener" et al.* (1988), 18 F.T.R. 81 (F.C.T.D.)] found that the collision was caused by faults committed in the navigation of three of the five members of the flotilla, namely, the *Ohio*, the *Widener* and the *South Carolina*. He found that the *Ste. Marie II* and the *Rival* had successfully rebutted any presumption of fault arising against them by reason of having been involved in the collision and accordingly absolved their owners from liability.

The Trial Judge was most severe in his finding of fault against Captain Kelch, the master of the *Ohio*, who, it will be recalled, had overall command of the entire flotilla. In particular, he found Captain Kelch at fault:

1. In turning at the Seaway entrance buoy, thereby obliging the flotilla to cross the St. Mary's current, rather than going further downstream to turn at Vickers and then breasting the current directly all the way upriver to its destination.

les dommages du *Rhône* ont été évalués à 88 357,89 \$ et ceux du *Widener* à 49 200 \$.

LES POURSUITES

^a Deux actions ont été intentées en Section de première instance. Dans la première action portant le numéro T-5225-80, les propriétaires du *Rhône* ont poursuivi en dommages-intérêts les cinq navires de la flotille, lesquels ont tous nié leur responsabilité. De plus Great Lakes Towing, en sa qualité de propriétaire de l'*Ohio* et du *South Carolina*, a invoqué par demande reconventionnelle la limitation de sa responsabilité en vertu des dispositions de l'article 575 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*.¹

^d Dans l'action T-1066-81, les propriétaires du *Widener* ont exercé contre Great Lakes Towing un recours en dédommagement pour inexécution du contrat de remorquage. En plus de nier sa responsabilité, la défenderesse a de nouveau invoqué l'existence d'une limitation contractuelle de responsabilité fondée sur son tarif publié.

^e LE JUGEMENT DE PREMIÈRE INSTANCE

^f Le juge Denault de la Section de première instance [*Navire «Rhône» c. Navire «Peter A.B. Widener» et autres* (1988), 18 F.T.R. 81 (C.F. 1^{re} inst.)] a conclu que la collision avait été causée par les fautes de navigation commises par trois des cinq membres de la flotille, à savoir les navires *Ohio*, *Widener* et *South Carolina*. Il a également conclu que le *Ste. Marie II* et le *Rival* avaient réussi à réfuter la présomption de faute pesant sur eux du fait de leur présence lors de la collision et il a en conséquence exonéré leurs propriétaires de toute responsabilité.

^h Le juge de première instance s'est montré des plus sévères à l'endroit du capitaine Kelch, capitaine de l'*Ohio* qui, rappelons-le, avait le commandement de toute la flotille. Il a conclu en particulier que le capitaine Kelch avait commis une faute:

ⁱ 1. En effectuant son virage à la bouée placée à l'entrée de la Voie maritime, obligeant ainsi la flotille à croiser le courant Ste-Marie, au lieu d'aller tourner plus bas en aval à la Vickers et d'affronter le courant directement en remontant le fleuve vers sa destination.

¹ R.S.C., 1985, c. S-9.

¹ L.R.C. (1985), chap. S-9.

2. In proceeding at full speed once the turn had been effected, thereby denying to himself and to the flotilla as a whole any reserve power to deal with an emergency.

3. In failing to maintain adequate communication between himself and the other tugs and with Captain Lyons on board the tow.

As regards the *Widener*, the Trial Judge found her to be at fault for having failed to maintain proper communication with Captain Kelch aboard the tug *Ohio*; for having failed to suggest to Captain Kelch that the *Widener* should drop her anchor before the collision occurred and for having failed, in default of having received orders to drop an anchor, to take such action independently.

In so far as the *South Carolina* was concerned, the Trial Judge held that there was a presumption of fault against her and that this had not been rebutted because her master had failed to give evidence at the trial.

As between the defendants whom he found to be liable, the Trial Judge assigned eighty per cent of the responsibility to Great Lakes Towing, as owners of the *Ohio* and *South Carolina*, and the balance of twenty per cent to North Central Maritime, as the owners of the *Widener*.

The Trial Judge dismissed the claim for limitation of liability. For the purposes of the action, he found that the directing mind and will of the corporate owners of the tugs *Ohio* and *South Carolina* was represented by three persons, Captains Lloyd, White and Kelch, and that it had not been shown that the collision had occurred without actual fault and privity on their part.

In dismissing the *Rhône*'s action against the tug *Rival*, the Trial Judge made a Sanderson order² by which the costs of the successful defendant were to be borne by the unsuccessful defendants. In addition, the Trial Judge ordered that the plaintiffs should recover additional counsel fees for junior counsel from the unsuccessful defendants.

² See *Sanderson v. Blyth Theatre Company*, [1903] 2 K.B. 533 (C.A.).

2. En naviguant à plein régime après avoir effectué le virage, se privant ainsi lui-même et privant la flotille de toute puissance de réserve en cas d'urgence.

^a 3. En ne maintenant pas de communications adéquates entre lui, les autres remorqueurs et le capitaine Lyons qui se trouvait à bord du navire remorqué.

^b En ce qui concerne le *Widener*, il a été jugé fautif pour avoir négligé d'assurer une communication adéquate avec le capitaine Kelch à bord du remorqueur *Ohio*, pour avoir négligé de suggérer au capitaine Kelch de faire jeter l'ancre au *Widener* avant la collision et, à défaut d'en recevoir l'ordre, pour n'avoir pas pris cette initiative de son propre chef.

^d Quant au *South Carolina*, le juge de première instance a conclu qu'il existait contre ce navire une présomption de faute, laquelle n'avait pas été réfutée parce que son capitaine n'avait pas témoigné à l'audience.

^e Pour valoir entre les défenderesses dont il a retenu la responsabilité, le juge de première instance a attribué quatre-vingt pour cent de la faute à Great Lakes Towing, en tant que propriétaire de l'*Ohio* et du *South Carolina*, et le solde de vingt pour cent à North Central Maritime, en tant que propriétaire du *Widener*.

^f Le juge du procès a par ailleurs rejeté l'argument de la limitation de responsabilité. Il a conclu que, pour les fins de l'action, l'âme dirigeante de la compagnie propriétaire des remorqueurs *Ohio* et *South Carolina* était incarnée par trois personnes, les capitaines Lloyd, White et Kelch, et qu'il n'avait pas été établi que la collision était survenue sans faute ou complicité réelle de leur part.

^g En rejetant l'action du *Rhône* contre le remorqueur *Rival*, le juge a prononcé une ordonnance de type Sanderson² aux termes de laquelle les frais de la défenderesse ayant eu gain de cause devaient être supportés par les défendeurs perdants. Il a de plus ordonné à ces derniers de payer aux demandeurs les honoraires additionnels d'un procureur-conseil junior.

² Voir *Sanderson v. Blyth Theatre Company*, [1903] 2 K.B. 533 (C.A.).

In case No. T-1066-81, the Trial Judge found that Great Lakes Towing was in breach of its contractual obligations to North Central Maritime, the owners of the *Widener*. He found that the limitation of liability contained in the Great Lakes Towing published tariff did not form part of the contract between the parties and refused to give effect to it. He ordered that the owners of the *Widener* should recover the entire amount of their damage from Great Lakes Towing.

THE APPEALS

In appeal No. A-409-88, the owners of the *Ohio* and the *South Carolina* attack the findings and conclusions against those ships in action No. T-5225-80; a cross-appeal by the owners of the *Widener* puts in issue the Trial Judge's finding of fault against that ship.

In Appeal No. A-408-88, Great Lakes Towing attacks the judgment in action No. T-1066-81.

THE ISSUES

The following issues fall to be determined on the present appeal:

A. Liability arising from damage caused to the *Rhône*.

1. The *Ohio*.
2. The *South Carolina*.
3. The *Widener*.
4. Others.
5. Apportionment.
6. Costs.

B. The right of the owners of the *Ohio* and *South Carolina* to limit liability pursuant to section 575 of the *Canada Shipping Act*.

C. Liability arising from damage caused to the *Widener*.

1. Contributory negligence.
2. Limitation of liability.

Dans la cause T-1066-81, le juge du procès a conclu que Great Lakes Towing n'avait pas exécuté ses obligations contractuelles envers North Central Maritime, propriétaire du *Widener*. Il a estimé que la clause limitative de responsabilité contenue dans le tarif publié de Great Lakes Towing ne faisait pas partie du contrat conclu entre les parties et il a, en conséquence, refusé d'y donner effet. Aussi a-t-il ordonné à Great Lakes Towing de dédommager entièrement les propriétaires du *Widener*.

LES POURVOIS EN APPEL

Dans l'appel portant le numéro A-409-88, les propriétaires du *Ohio* et du *South Carolina* attaquent les conclusions tirées à l'encontre de ces navires dans l'action T-5225-80; par voie d'appel incident, les propriétaires du *Widener* contestent pour leur part la partie du jugement de première instance selon laquelle ce navire aurait commis une faute.

Enfin, dans l'appel n° A-408-88, Great Lakes Towing se pourvoit contre le jugement rendu dans l'action T-1066-81.

LES QUESTIONS EN LITIGE

Voici les questions qu'il importe de trancher dans le présent appel:

A. La responsabilité résultant des dommages causés au *Rhône*.

1. L'*Ohio*.
2. Le *South Carolina*.
3. Le *Widener*.
4. Les autres.
5. Le partage de la responsabilité.
6. Les frais.

B. Le droit des propriétaires de l'*Ohio* et du *South Carolina* de limiter leur responsabilité en vertu de l'article 575 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*.

C. La responsabilité résultant des dommages causés au *Widener*.

1. La négligence concourante.
2. La limitation de responsabilité.

A. Liability arising from damage caused to the
Rhône

1. The *Ohio*

There was ample evidence to support the Trial Judge's findings of fault against Captain Kelch, the master of the *Ohio*. Much of the evidence came from Captain Kelch himself who, although the Trial Judge did not have the benefit of seeing him, appears clearly from the transcripts of his examination for discovery (which was filed as part of the evidence at trial) and his commission evidence, as an arrogant and opinionated personage believing himself capable of dealing with any situation even in strange waters with a difficult tow. There was evidence, which the Trial Judge clearly accepted, to show that Captain Kelch had received advice to take the flotilla downstream as far as Vickers before undertaking his turn, but that he decided to reject it because he was in a hurry to bring the trip to an end. There was also evidence that he was warned by the master of the *Rival* that the speed of the flotilla up the St. Mary's current was too high, but that he ignored such warning. Finally, there was evidence that he failed to communicate his plans of action to the other ships of the flotilla and to keep their masters advised of developments as they occurred, even when such developments were of such major importance as the failure of the towing machine and the resultant paying out of the cable. Not only has it not been shown that the Trial Judge committed any manifest error in his appreciation of Captain Kelch's conduct, but, on the contrary, it is quite apparent that his findings of fault were solidly based in the evidence and that any other finding would be perverse.

The principal argument advanced by Great Lakes Towing, the owners of the *Ohio*, on this aspect of the matter is that the whole of the responsibility for the collision is due to the negligent operation of the stern tug, the *Rival*. That proposition finds little support in the evidence. It was, after careful consideration, rejected by the Trial Judge and I see no grounds on which we should interfere.

A. La responsabilité résultant des dommages
causés au *Rhône*

1. L'*Ohio*

La conclusion du juge de première instance selon laquelle une faute devait être imputée au capitaine Kelch, capitaine de l'*Ohio*, est largement appuyée par la preuve. Une grande partie de cette preuve provient d'ailleurs du capitaine Kelch lui-même: bien que le juge du procès n'ait pas eu le loisir de l'entendre, il apparaît manifestement, d'après la transcription de son interrogatoire préalable (déposé en preuve à l'audience) et de la commission rogatoire, comme un personnage arrogant et obstiné se croyant capable de maîtriser n'importe quelle situation, même celle d'un remorquage périlleux dans des eaux étrangères. Des éléments de preuve, que le juge a de toute évidence retenus, ont établi qu'en raison de son empressement à terminer le voyage, il avait fait fi du conseil qu'on lui avait donné d'amener la flotille en aval jusqu'à la Vickers avant d'effectuer son virage. On a également prouvé qu'il avait été mis en garde par le capitaine du *Rival* contre la vitesse excessive de la flotille qui remontait le courant Ste-Marie mais qu'il avait ignoré cet avertissement. Enfin, il a été établi qu'il a négligé de communiquer ses plans d'action aux autres navires de la flotille et de tenir leurs capitaines informés de tout fait nouveau, même d'un incident majeur comme le bris de l'appareil de remorquage ayant entraîné le déroulement du câble. Non seulement il n'a pas été démontré que le juge de première instance avait commis une erreur manifeste dans son appréciation de la conduite du capitaine Kelch, mais il appert au contraire qu'il a conclu à la faute en se fondant sur une preuve solide et que toute autre conclusion aurait donc été incompatible.

Sur ce point, le principal argument qu'a fait valoir Great Lakes Towing, propriétaire de l'*Ohio*, est que l'entière responsabilité de la collision est attribuable à l'exploitation négligente du remorqueur de queue, le *Rival*. Cette proposition n'est toutefois pas étayée par la preuve. Le juge de première instance l'a rejetée après un examen attentif et rien ne nous permet d'intervenir à cet égard.

2. The South Carolina

The Trial Judge's finding of fault against the *South Carolina* appears to have been based entirely on what he perceived to be a failure on the part of that ship to lead any evidence as to her actions at the critical time. He said [at page 103]:

Little is known about the "South Carolina". Capt. Kurdas was at the tiller but he did not testify. All that is known about this tug is that Capt. Kelch directed it to work to starboard of the "Widener" because of its greater strength and power. However, we have no information on the conversations or communications between Capts. Kelch and Kurdas, and in particular whether the latter carried out the orders received or even whether he alerted the tug master to the impending collision. Similarly, we do not know the exact moment and on whose order or suggestion the decision was taken by the "South Carolina" to get out of the way so as to avoid being crushed between the "Rhône" and the "Widener". In short, the owners of this tug and its master did not discharge, so far as the "Rhône" is concerned, the burden of establishing that they had committed no fault or negligence.

I must say at the outset that, as a matter of law, I have great doubt that there was any burden upon the *South Carolina* to show that she was not at fault once there was evidence, as there was here, of causal fault committed by other actors, notably the tug *Ohio*, which was in overall charge of the tow. The Trial Judge appears to have approached the matter as if the so-called rule of *res ipsa loquitur* created a presumption of law. It does not:

In some circumstances, the mere fact that an accident has occurred raises an inference of negligence against the defendant. A plaintiff is never obliged to prove his case by direct evidence. Circumstantial evidence is just as probative, if from proof of certain facts other facts may reasonably be inferred. *Res ipsa loquitur* is no more than a convenient label to describe situations where, notwithstanding the plaintiff's inability to establish the exact cause of the accident, the fact of the accident by itself is sufficient in the absence of an explanation to justify the conclusion that most probably the defendant was negligent and that his negligence caused the injury. The maxim contains nothing new; it is based on common sense, since it is a matter of ordinary observation and experience in life that sometimes a thing tells its own story. Unfortunately, the use of a Latin phrase to describe this simple notion has become a source of confusion by giving the impression that it represents a special rule of substantive law instead of being only an aid in the evaluation of evidence, an application merely of "the general method of inferring one or more facts in issue from circumstances proved in evidence".

2. Le South Carolina

Pour attribuer une faute au *South Carolina*, le juge de première instance paraît s'être entièrement reposé sur ce qu'il a perçu comme le défaut de la part de ce navire de présenter une preuve concernant ses agissements au moment critique. Voici ce qu'il a dit à ce sujet [à la page 103]:

Quant au «South Carolina», on en sait peu de choses. Le capitaine Kurdas était à la barre mais il n'a pas témoigné. Tout ce qu'on sait au sujet de ce remorqueur, c'est que le capitaine Kelch l'avait assigné pour travailler à tribord du «Widener» à cause de sa force et de sa puissance plus considérable. On ignore cependant tout des conversations ou communications entre les capitaines Kelch et Kurdas et en particulier si ce dernier a exécuté les ordres reçus ou même s'il a attiré l'attention du maître du remorquage sur l'urgence [sic] de la collision. De même qu'on ignore le moment précis et sur l'ordre ou suggestion de qui la décision a été prise par le «South Carolina» de se dégager pour éviter d'être coincé entre le «Rhône» et le «Widener». Bref, les propriétaires de ce remorqueur et son capitaine ne se sont pas déchargés, à l'égard du «Rhône», du fardeau qui leur incombait de prouver l'absence de faute ou négligence de leur part.

Je dois dire dès le départ que, du point de vue du droit, je doute fort que le *South Carolina* ait eu le fardeau de prouver l'absence de faute de sa part, dès lors qu'on a, comme en l'espèce, établi la preuve d'une faute causale commise par d'autres acteurs, notamment le remorqueur *Ohio* qui avait le commandement du remorquage. Le juge de première instance paraît avoir abordé la question comme si la règle *res ipsa loquitur* créait une présomption de droit. Or, il n'en est rien:

[TRADUCTION] Dans certaines circonstances, le simple fait qu'un accident soit survenu permet d'en inférer la négligence du défendeur. Le demandeur n'est en effet jamais tenu d'établir le bien-fondé de sa demande par une preuve directe. La preuve circonstancielle est tout aussi probante si, de la preuve de certains faits, l'existence d'autres faits peut raisonnablement être inférée. L'expression «res ipsa loquitur» n'est rien d'autre qu'une étiquette commode pour décrire des situations où, malgré l'incapacité du demandeur à établir la cause exacte de l'accident, le fait de cet accident en soi suffit, en l'absence d'explication, à justifier la conclusion que le défendeur a très probablement été négligent et que sa négligence a causé le préjudice. La maxime ne présente donc aucun aspect nouveau: elle est fondée sur le sens commun puisque la simple observation et l'expérience de la vie nous enseignent qu'une chose peut parfois raconter d'elle-même son histoire. Malheureusement, l'emploi d'une expression latine pour décrire cette notion fort simple est devenu source de confusion car elle donne l'impression de constituer une règle de fond particulière alors qu'elle ne sert qu'à faciliter l'appréciation de la preuve et n'est en somme que l'application de «la méthode générale consistant à inférer un ou plusieurs faits en litige des circonstances établies en preuve».

It is impossible to catalogue *res ipsa loquitur* cases: every accident is in some respects singular and proof of facts by facts incapable of reduction to a formula. Nonetheless, it is feasible to indicate in general terms the conditions which must subsist to call the maxim into operation. Clearly, the occurrence must bespeak negligence and that negligence be the defendant's; it must be such as to raise two inferences: (1) that the accident was caused by a breach by somebody of a duty of care to the plaintiff, and (2) that the defendant was that somebody.³

No less important a requirement is that the *res* must not only bespeak negligence, but pin it on the defendant. Negligence in the air will never do. It is not enough that the accident spell negligence on the part of someone or other without linking it specifically to the person charged. Thus, if several contractors were engaged in the construction of a building, its collapse does not without more evidence point to the negligence of any particular one of them.⁴

Be that as it may, however, it appears that the Trial Judge was in error in thinking that there was no evidence as to the orders received by the *South Carolina*, the manner of carrying them out and the decision to get out of the way. At the opening of the trial, the parties had filed a large number of documents which were to be, by agreement, accepted as evidence. Amongst these, the Trial Judge appears to have overlooked written statements by each of the two captains on board the *South Carolina* made very shortly after the incident. Captain Kurdas, who was the senior of the two and in command, states as follows:

I put out a salty-line on the starboard side of Widener. I worked on orders given by tug Ohio to push ahead, back off, push into, hold bow up or down when needed to the best of my ability, and worked tug as strong as possible to execute each order given.

When Widener started to sheer to the starboard, I worked the tug wide open on a left wheel to hold the bow up. Widener's bow kept sheering to the starboard. Orders were given to back off, I backed wide open until Widener's bow hit tanker Rhône. I let go of the line, and backed out to keep from being squeezed between Widener and the dock. Widener dropped the anchor to stop from drifting. After Widener stopped, I hooked up on starboard side of Widener, Then we proceeded to wharf # 4.

³ Fleming, John G., *The Law of Torts*, 7th ed. The Law Book Company Ltd., 1987, at p. 291.

⁴ *Idem*, at p. 293.

Il est impossible de classer les affaires où on a eu recours à cette maxime: chaque accident est, par bien des aspects, unique et la preuve de faits par d'autres faits ne saurait se réduire à une formule. On peut toutefois indiquer en termes généraux les conditions nécessaires à l'application de la maxime. L'événement doit bien évidemment révéler l'existence d'une négligence et cette négligence doit être celle du défendeur; la négligence doit être telle qu'elle donne lieu à deux inférences: (1) que l'accident résulte du manquement par une personne à son devoir de prudence envers le demandeur et (2) que le défendeur était bel et bien cette personne³.

Non seulement la «*res*» doit-elle révéler l'existence d'une négligence, mais il importe également qu'elle en fasse porter la responsabilité au défendeur. Il ne peut en effet jamais être question d'une négligence dans l'abstrait. Il ne suffit pas que l'accident témoigne de la négligence de quelqu'un; encore faut-il que cette négligence soit spécifiquement liée à la personne en cause. Ainsi, dans le cas où plusieurs entrepreneurs ont participé à la construction d'un édifice, son effondrement ne peut, sans autre preuve, être imputé à l'un d'eux en particulier⁴.

En tout état de cause cependant, il appert que le juge de première instance était dans l'erreur en croyant qu'il ne disposait d'aucun élément de preuve concernant les ordres qu'a reçus le *South Carolina*, la manière dont il les a exécutés et la décision de se dégager. Les parties avaient en effet déposé, au début de l'instruction, un grand nombre de documents qui devaient d'un commun accord être reçus en preuve. Parmi ceux-ci, le juge paraît ne pas avoir tenu compte des déclarations écrites que chacun des deux capitaines à bord du *South Carolina* a faites très peu de temps après l'incident. Le capitaine Kurdas, le supérieur qui était aux commandes, a déclaré ce qui suit:

[TRADUCTION] J'ai sorti un câble de mer du côté tribord du Widener. Je travaillais suivant les ordres du remorqueur Ohio pour pousser de l'avant, battre arrière, pousser sur la proue ou la tenir en amont ou en aval selon les besoins, de mon mieux, en manœuvrant le remorqueur au maximum de ses capacités pour exécuter chaque ordre donné.

Lorsque le Widener a commencé à dériver sur tribord, j'ai manœuvré avec pleine puissance la barre à bâbord toute pour tenir la proue en aval. La proue du Widener a continué son embardée sur tribord. On m'a alors ordonné de battre arrière, j'ai battu arrière pleine puissance jusqu'à ce que la proue du Widener entre en collision avec le Rhône. J'ai alors largué mon câble et battu arrière pour éviter d'être coincé entre le Widener et le quai. Le Widener a jeté l'ancre pour arrêter l'embarquée. Lorsque le Widener s'est immobilisé, je me suis rattaché sur le côté tribord du Widener. Nous avons alors repris notre route vers le quai n° 4.

³ Fleming, John G., *The Law of Torts*, 7^e éd. The Law Book Company Ltd., 1987, à la p. 291.

⁴ *Idem*, à la p. 293.

(Appeal Book, Common appendix, volume 1, at page 106.)

The second captain, Captain McCarty says as follows:

While making left turn with Ohio on bow Ste Marie II on port bow, South Caroline [sic] on stbd bow and tug Rival on stern up into current vessel being towed Peter A B Widener current being on portside, vessels kept setting down instead of turning up into current. Proceeded across (sic) river and into vessel "Rhône" at dock. Peter A B Widener hit vessel "Rhône" on port bow bull warks (or flared bow) with stbd bow of Peter A B Widener. Then shearing off back out into river at which time tug S. Carolina backed out from between vessels Rhône & Widener went around on portside at which time Widener dropped anchor.

(Appeal Book, Common appendix, volume 1, at page 36.)

While both these statements may have relatively little weight, as being self-serving, they were entered into evidence by agreement. They were not contradicted in any way. They indicate clearly that the *South Carolina* carried out the orders received from the tug *Ohio* up to and including the moment of the collision between the *Widener* and the *Rhône*. They do not indicate any negligence on the part of those responsible for her navigation.

In addition, the examination for discovery of Captain Kelch was also entered into evidence in its entirety, by agreement. Two short passages indicate clearly that in the latter's view, the *South Carolina* carried out her orders.

A. Right. The only one that let go, when he seen he had no choice, was the South Carolina. He had to get the hell out of there because . . .

Q. So as not to get caught between the . . .

A. So as not to get squashed in there.

(Appeal Book, Common appendix, volume 3, at page 505.)

Q. When the cable began to pay out, what commands did you give to the other tugs?

A. Jesus Christ!, I don't know. I'll tell you what I was concerned about: it was the South Caroline [sic] inside there and I thought: "my God, he's got to get out of there", you know; that's all I was thinking about. I'm sure I said something, but what I said, I don't know.

(Dossier d'appel, annexe conjointe, volume 1, à la page 106.)

Quant au second capitaine, le capitaine McCarty, voici ce qu'il a déclaré:

[TRADUCTION] En exécutant un virage à gauche dans le courant avec l'Ohio en tête, le Ste. Marie II à bâbord avant, le South Carolina à tribord avant et le remorqueur Rival à la queue, le navire remorqué Peter A B Widener ayant le courant sur son côté bâbord a dérivé en aval au lieu de tourner le nez dans le courant. Le navire a traversé le fleuve et embouti le navire Rhône qui était à quai. Le Peter A B Widener a frappé le navire Rhône sur son pavois bâbord avant (ou étrave évasée) avec sa proue côté tribord. S'ensuivit une embardée vers le fleuve. Le remorqueur South Carolina a alors battu arrière d'entre les navires Rhône et Widener et est allé sur le côté bâbord. C'est à ce moment que le Widener a jeté l'ancre.

(Dossier d'appel, annexe conjointe, volume 1, à la page 36.)

Bien qu'on puisse douter du poids de ces déclarations en raison de leur caractère intéressé, elles ont été déposées d'un commun accord en preuve et n'ont aucunement été contredites. Elles indiquent clairement que le *South Carolina* a exécuté les ordres qu'il a reçus du remorqueur *Ohio* jusqu'au moment et à l'instant même de la collision entre le *Widener* et le *Rhône*. Ces déclarations ne révèlent donc aucune négligence de la part de ceux qui étaient responsables de la conduite de ce navire.

L'interrogatoire au préalable du capitaine Kelch a également été déposé intégralement en preuve du consentement des parties. Il ressort clairement des deux courts passages suivants que, de l'avis même du capitaine Kelch, le *South Carolina* a exécuté ses ordres:

[TRADUCTION]

R. Exact. Le seul qui ait laissé aller en constatant qu'il n'avait plus le choix est le South Carolina. Il devait décoller de là parce . . .

Q. Pour n'être pas coincé entre le . . .

R. Pour ne pas être écrasé.

(Dossier d'appel, annexe conjointe, volume 3, à la page 505.)

[TRADUCTION]

Q. Lorsque le câble a commencé à filer, quels ordres avez-vous donnés aux autres remorqueurs?

R. Seigneur, je ne le sais pas. Je vais vous dire à quoi je pensais: le South Carolina était à l'intérieur et j'ai pensé: «Mon Dieu, il doit s'en aller de là», c'est la seule chose à laquelle je pensais. Je suis certain d'avoir dit quelque chose, mais quoi, je ne le sais pas.

(Appeal Book, Common appendix, volume 3, at page 516.)

The law as to the liability of subsidiary or “helper” tugs is well summarized by Parks, as follows:

The decisions with respect to the liability of “helper” tugs apparently turn on the admiralty doctrine of the “dominant mind” as applied between tugs operating a joint venture. The majority of the cases hold that helper tugs should not be condemned for a fault not their own, where they are under the control and management of a superior tug. As Justice Learned Hand commented in *Oil Transfer Corp. v. Westchester Ferry Corp.*, 1959 A.M.C. 485, 173 F.Supp. 637 (SDNY):

... where responsibility for the joint navigation of two vessels has been taken over by one of them, the other is not liable *in rem* if her owner is not responsible *in personam*⁵

The *South Carolina* was under no obligation to lead independent evidence to disculpate herself. As I have indicated, it was doubtful that she was obliged to lead any evidence at all. Since there is uncontradicted evidence in the record as to the *South Carolina*'s actions and as it is wholly disculpatory, the Trial Judge was in error to find this tug at fault.

3. The Widener

The essence of the Trial Judge's findings against the *Widener* appears from the following two passages of his reasons for judgment [at pages 98 and 103]:

The expert witness Espley concluded in his report that the owners of the “Widener” were liable for failing to drop anchor at the proper time. This decision could have been taken by the tug master, Capt. Kelch, or if not by him by Capt. Lyons on board the barge. Immediately after the mechanical breakdown Capt. Kelch, who had taken the tiller of the “Ohio”, was too concerned to save his own tug and confident of correcting the swerve to think of giving the “Widener” the order to drop anchor. By his own admission, he did not even consider this solution. According to the expert witnesses, it is certainly not easy for the pilot of a barge to take the place of the tug master and make the decision to drop anchor: he should only do so if he is certain that no other course is possible. However, the masters must also communicate with each other and keep each other informed of any developments which could require action by them. In the case at bar it would seem that communications

⁵ Parks, Alex L. *The Law of Tug, Tow and Pilotage*, 2nd ed. Centreville, Maryland: Cornell Maritime Press, 1982, at p. 205.

(Dossier d'appel, annexe conjointe, volume 3, à la page 516.)

Les règles de droit applicables à la responsabilité des remorqueurs auxiliaires sont bien résumées par Parks:

[TRADUCTION] Les décisions rendues à l'égard de la responsabilité des remorqueurs «auxiliaires» tournent apparemment autour de la même doctrine de «l'âme dirigeante» qui s'applique entre remorqueurs engagés dans une opération conjointe. Dans la plupart des causes, on a statué que les remorqueurs auxiliaires ne devaient pas être condamnés pour une faute qui n'était pas la leur lorsqu'ils sont placés sous le contrôle et la direction d'un remorqueur supérieur. Comme le juge Learned Hand l'a fait remarquer dans l'arrêt *Oil Transfer Corp. v. Westchester Ferry Corp.*, 1959 A.M.C. 485, 173 F.Supp. 637 (SDNY):

... lorsque la responsabilité de la marche commune de deux navires a été assumée par l'un d'eux, l'autre n'est pas responsable *in rem* si son propriétaire n'est pas responsable *in personam*⁵

Le *South Carolina* n'était aucunement tenu de présenter une preuve indépendante pour se disculper. Je le répète, il est douteux qu'il ait été obligé de présenter quelque preuve que ce soit. Étant donné que les agissements du *South Carolina* font l'objet d'une preuve non contredite et entièrement disculpatoire au dossier, le juge de première instance était dans l'erreur lorsqu'il a conclu à la faute de ce remorqueur.

3. Le Widener

Les deux passages suivants des motifs du juge de première instance contiennent l'essence de ses conclusions à l'encontre du *Widener* [aux pages 98 et 103]:

L'expert Espley conclut dans son rapport à la responsabilité des propriétaires du «Widener» pour avoir négligé de jeter l'ancre en temps utile. Cette décision pouvait être prise par le maître du remorquage, le capitaine Kelch, ou à défaut, par le capitaine Lyons à bord de la barge. Dès après le bris mécanique, le capitaine Kelch qui avait pris la barre du «Ohio», trop préoccupé à sauver son propre remorqueur et confiant de corriger l'embarquée, n'a pas pensé de donner l'ordre au «Widener» de jeter l'ancre. De son propre aveu, il n'a même pas envisagé cette solution. Au dire des experts, il n'est sans doute pas facile pour le pilote de la barge de se substituer au maître du remorquage et de prendre la décision de jeter l'ancre; il ne doit le faire que s'il est convaincu qu'il n'y a rien d'autre à faire. Mais encore faut-il que les capitaines communiquent entre eux et se tiennent réciproquement au courant de tous les faits pouvant nécessiter leur intervention. En l'occurrence, il

⁵ Parks, Alex L. *The Law of Tug, Tow and Pilotage*, 2e éd. Centreville, Maryland: Cornell Maritime Press, 1982, à la p. 205.

were very deficient, which leads us to consider the final and perhaps most important allegation, a lack of communication.

The "Widener" is liable due to the fault of Capt. Lyons to obtain or provide information on the emergency situation which arose. As he was undoubtedly in the best position to size up the situation and was in direct contact with Capt. Kelch, there is no explanation for his silence or his failure to suggest that they drop anchor, or even to take the decision to do so if Capt. Kelch failed to act.

Counsel for the *Widener* takes issue with these findings by pointing out that the transcript shows that Captain Lyons was, in fact, in constant communication with Captain Kelch throughout the critical period of the passage of the *St. Mary's* current, and there is no doubt that this is the case. The argument, however, misapprehends the nature of the Trial Judge's criticism of Captain Lyons, which is not that the latter merely failed to transmit information to Captain Kelch but, much more seriously, that he failed to inform himself as to what was going on on board the *Ohio* at the time of and in the period immediately after the failure of the towing machine. From his testimony it does not appear that Captain Lyons was aware at any time before the collision that the towing machine had broken or that anything was amiss aboard the *Ohio*. This should be compared with the evidence, notably from the expert witness Espley mentioned by the Trial Judge,⁶ to the effect that Captain Lyons, from the bridge of the *Widener*, if he had been keeping a proper lookout, could not fail to have realized that the *Ohio* was in trouble and had lost control of the tow. Clearly, the Trial Judge accepted Espley's evidence in preference to Captain Lyons' assertion that he had no reason to think that anything was wrong and that he did not realize that the cable was paying out uncontrollably. That was a choice which was open to the Trial Judge and I have not been persuaded that he committed any manifest error in choosing as he did.

⁶ See Appeal Book, Common appendix, vol. 1, p. 4; Appendix 1, vol. 1, pp. 94 and 95; Appendix 1, vol. 2, pp. 230 to 240.

semble que les communications ont été fort déficientes, ce qui nous amène à étudier le dernier reproche, peut-être le plus important, le manque de communication.

a

La responsabilité du «Widener» est engagée par la faute du capitaine Lyons d'obtenir ou de fournir des informations sur la situation d'urgence qui se présentait. Sans doute le mieux placé pour évaluer la situation et en communication directe avec le capitaine Kelch, son silence est inexplicable de même que sa négligence à suggérer qu'on jette les ancres ou même à prendre la décision de le faire, à défaut par le capitaine Kelch d'agir.

b

c

L'avocat du *Widener* conteste ces conclusions. Il souligne que, d'après la transcription, le capitaine Lyons était, en fait, en communication constante avec le capitaine Kelch pendant toute la période critique du passage du courant *Ste-Marie*. Tout indique que c'était en effet le cas. L'argument trahit toutefois une incompréhension de la nature des critiques que le juge de première instance adresse au capitaine Lyons: ce qu'il lui reproche, ce n'est pas simplement d'avoir négligé de transmettre des informations au capitaine Kelch mais, beaucoup plus sérieusement, de ne pas s'être enquis de ce qui se passait à bord de l'*Ohio* au moment du bris de l'appareil de remorquage et immédiatement après. Il ressort en effet de son témoignage que le capitaine Lyons n'a jamais su, à aucun moment avant la collision, que cet appareil s'était brisé ou que quelque chose ne tournait pas rond à bord de l'*Ohio*. Sa déposition doit être rapprochée en particulier du témoignage de l'expert Espley auquel le juge de première instance se réfère⁶. Selon ce témoin, le capitaine Lyons n'aurait pu manquer s'il avait assuré une surveillance adéquate du pont du *Widener*, de voir que l'*Ohio* était en difficulté et qu'il avait perdu le contrôle de la remorque. Manifestement, le juge de première instance a préféré ce témoignage à la déclaration du capitaine Lyons qui a prétendu n'avoir eu aucune raison de penser que quelque chose n'allait pas et ne pas s'être aperçu que le câble filait de façon incontrôlée. C'est un choix que le juge de première instance était libre de faire et je ne suis pas convaincu qu'il ait commis une erreur manifeste à cet égard.

d

e

f

g

h

i

⁶ Voir le dossier d'appel, annexe conjointe, volume 1, p. 4; annexe 1, volume 1, p. 94 et 95; annexe 1, volume 2, p. 230 à 240.

Indeed given that Captain Lyons, on the bridge of the *Widener*, was the only person to have a full view of the whole operation, and given the catastrophic nature of what took place on board the *Ohio* (at one point, her stern was so far under water that a witness on the after deck was submerged up to his waist) and the fact that some seven hundred feet of cable paid out when the towing machine broke, his evidence is astonishing:

Q. Now, when the *Widener* began shearing to starboard, you said you were able to see the *Ohio* pulling hard, pulling her little heart out, as you said. That's where you would have expected her to be at that particular time?

A. Correct.

Q. And, in fact, she was fairly stable in the water.

A. Oh, Yes.

(Commission evidence, at page 62.)

Once it is accepted that Captain Lyons, on board the *Widener*, was negligent in not realizing what was happening on board the *Ohio*, the Trial Judge's further finding that Captain Lyons was at fault for failure to suggest the dropping of the anchor and even, as the situation worsened, to take such action independently becomes understandable. While the *Widener* was a "dumb" barge with very little independence of action, she did have a qualified master on board and a crew and one of the very few things that she could do in her own navigation was to drop anchor. The fact that she was temporarily under the command of Captain Kelch in the *Ohio* does not excuse her owners from the negligence committed by their employees in the navigation of their ship.

The matter may be tested as follows. If one supposes that the towing machine had not been repaired or even that the towline had parted altogether so that the *Ohio* could no longer exercise any effective pull on the *Widener*, could it be seriously argued that the latter could plead lack of orders from the *Ohio* as an excuse for failure to drop her anchors and prevent her drift into the *Rhône*? Surely not. Again there was evidence, albeit contradictory, that a timely dropping of the anchors would have prevented the collision and the Trial Judge's acceptance of such evidence provides

À vrai dire, étant donné que le capitaine Lyons, du pont du *Widener*, était le seul à avoir une vue complète de l'ensemble de l'opération, et compte tenu de la catastrophe qui se déroulait à bord de l'*Ohio* (à un certain moment, sa poupe était à ce point immergée qu'un témoin se trouvant sur le pont arrière avait de l'eau jusqu'à la taille) et du fait qu'environ sept cents pieds de câble avaient filé au moment du bris de l'appareil, son témoignage est renversant:

[TRADUCTION]

Q. Maintenant, lorsque le *Widener* a commencé à dériver à tribord, vous avez dit que vous pouviez voir l'*Ohio* tirer de toutes ses forces. C'est là où vous vous attendiez qu'il soit à ce moment précis?

R. C'est exact.

Q. Et, dans les faits, il était assez stable dans l'eau?

R. Oh, oui.

(Commission rogatoire, à la page 62.)

Une fois qu'on a admis que le capitaine Lyons, à bord du *Widener*, a fait montre de négligence en ne se rendant pas compte de ce qui se passait à bord de l'*Ohio*, il devient facile de comprendre l'autre conclusion du juge de première instance suivant laquelle le capitaine a commis une faute en ne suggérant pas de jeter l'ancre et même, lorsque la situation s'est aggravée, en ne prenant pas cette mesure de son propre chef. Même si le *Widener* était une barge «non propulsée» privée presque de toute indépendance, il avait à son bord un capitaine compétent et un équipage qui auraient pu prendre l'une des rares décisions en leur ressort, celle de jeter l'ancre. Le fait que la barge était temporairement sous le commandement du capitaine Kelch de l'*Ohio* n'excuse pas ses propriétaires pour la négligence commise par leurs employés dans la conduite du navire.

On peut appliquer à cet égard le test suivant: à supposer que l'appareil de remorquage n'ait pas été réparé, voire que la remorque se soit aussi rompue, de sorte que l'*Ohio* n'aurait pu exercer aucune traction efficace sur le *Widener*, pourrait-on sérieusement prétendre que ce dernier pourrait invoquer l'absence d'ordre de l'*Ohio* pour s'excuser de n'avoir pas jeté ses ancres et de n'avoir pu ainsi éviter de dériver dans le *Rhône*? Assurément non. Encore une fois, certains éléments de preuve, bien que contradictoires, montrent que la collision aurait pu être évitée si les

the justification for his finding of fault against the *Widener*.

The matter can also be looked at in another way. The *Widener's* owners had placed her in command of a master, Captain Lyons, who was their servant and for whose actions they were responsible. Clearly it was part of Captain Lyons' duty to his employers to follow the orders received from Captain Kelch as towmaster. While no doubt the relationship between Captain Kelch and the owners of the *Widener* is that of independent contractor rather than that of master and servant, it is difficult to see how the owners of the *Widener* can escape liability for errors of navigation committed by their own servants in obedience to orders issued to them by independent contractors acting on behalf of the owners.⁷ We are dealing here not with errors in the navigation of the *Ohio*, in the execution of which the *Widener* was a mere passive instrument, but rather with a specific error (the failure to drop anchor) in the navigation of the *Widener* itself at a time when such error presented an imminent danger to innocent third parties.⁸

⁷ The situation is analogous to that mentioned by McGuffie, Kenneth C., in *British Shipping Laws*, vol. 4, "The Law of Collisions at Sea", London: Stevens & Sons Limited, 1961, at p. 174, para 231.

If the collision is caused by the fault of those in charge of the tow in wrongly directing the course of the tug, both tug and tow may be liable jointly and severally to the third ship for the whole damage. The tug-owners would be liable as employers of the helmsman of the tug if he were negligent and not the less because their servant is bound by the towage contract to obey those on board the tow. The tow-owners are liable because it was the wrong order given by their servant that caused the collision.

⁸ Compare the situation described by Lord Denning M.R. in *The Bramley Moore*, [1963] 2 Lloyd's Rep. 429 (C.A.), [at p. 436] where the tow which collided with another ship had no navigational capacity whatever:

... in a case where those on the tug are negligent, and those on the barge are not, the cause of the damage is in truth the improper navigation of the tug, not the improper navigation of the barge. It is the tug which is the cause of all the trouble.

ancres avaient été jetées en temps voulu. C'est sur ces éléments que le juge de première instance s'est appuyé pour conclure à la faute du *Widener*.

On peut également considérer l'affaire sous un autre angle. Les propriétaires du *Widener* avaient placé leur navire sous le commandement d'un capitaine, en l'occurrence le capitaine Lyons, lequel était leur préposé et des actes duquel ils étaient responsables. De toute évidence, l'un des devoirs du capitaine Lyons envers ses employeurs était de suivre les ordres reçus du capitaine Kelch en sa qualité de maître de remorquage. Bien que les relations entre le capitaine Kelch et les propriétaires du *Widener* soient indubitablement celles d'un entrepreneur indépendant plutôt que d'un maître et d'un préposé, il est difficile de voir comment les propriétaires du *Widener* pourraient échapper à toute responsabilité pour les erreurs de navigation commises par leurs propres préposés obéissant aux ordres reçus d'entrepreneurs indépendants agissant pour le compte des propriétaires⁷. Il ne s'agit pas ici d'erreur dans la conduite de l'*Ohio*, conduite dans laquelle le *Widener* n'était qu'un instrument passif, mais plutôt d'une erreur de navigation spécifique (le défaut de jeter l'ancre) du *Widener* lui-même à un moment où une telle erreur représentait un danger imminent pour d'innocentes tierces parties⁸.

⁷ La situation est analogue à celle que mentionne McGuffie, Kenneth C., dans *British Shipping Laws*, vol. 4 «The Law of Collision at Sea», London: Stevens & Sons Limited, 1961, à la p. 174, par. 231.

[TRADUCTION] Si la collision a été causée par la faute des responsables de la remorque qui ont mal dirigé le remorqueur, la remorque et le remorqueur peuvent tous deux être solidairement responsables de tous les dommages envers le navire tiers. Les propriétaires du remorqueur seraient responsables à titre d'employeurs du timonier du remorqueur si ce dernier avait été négligent et ce, même si leur préposé est tenu, aux termes du contrat de remorquage, d'obéir à ceux qui se trouvent à bord de la remorque. Les propriétaires de cette dernière sont quant à eux responsables parce que c'est l'ordre erroné donné par leur préposé qui a causé la collision.

⁸ Comparer avec la situation que décrit le maître des rôles lord Denning dans *The Bramley Moore*, [1963] 2 Lloyd's Rep. 429 (C.A.) [à la p. 436], où la remorque qui était entrée en collision avec un autre navire n'avait aucune autonomie de navigation:

[TRADUCTION] ... dans le cas où ceux qui sont à bord du remorqueur sont négligents et ceux qui sont à bord de la barge ne le sont pas, la cause des dommages est en vérité la faute de navigation du remorqueur et non la faute de navigation de la barge. C'est le remorqueur qui est la cause de tous les problèmes.

Reference may also be had in this connection to the decision of the Privy Council in *The Paisley*.⁹ That case likewise concerned a dead ship, the *Paisley*, which, while being moved by a tug, came into collision with a moored vessel, the *Saskatchewan*. Extensive damage was caused to the *Saskatchewan* by reason of the *Paisley*'s anchor being carried hanging in the water with the stock partly submerged and the crown two and a half feet under water. As a consequence, what might otherwise have been a minor collision resulted in damage to the *Saskatchewan* below the waterline, causing her to founder and her cargo of grain to be saturated. The Privy Council held the owners of the *Paisley* to be responsible by reason of the contributory role played by her shipkeeper, in the following words [at page 262]:

At the hearing before their Lordship's Board it was not disputed—as, indeed, it could not be—that Penrice was in charge of the “*Paisley*” and her tackle and equipment, including the anchor. The anchor having been at the commencement of the material time temporarily unshipped, one of Penrice's duties, in making ready for the move to the elevator, was to get the anchor restored to its place at the hawse-hole. With help from the tug he set about his task. Before it was completed he agreed with the tugmaster, “We will leave it.” But for this the anchor would have been safely stowed. As things went, by reason of Penrice's decision, the anchor crown was damaged and the “*Saskatchewan*'s” side was penetrated by the fluke. Had the tugmaster Waugh kept or left the anchor dangerously exposed against Penrice's will, that piece of perversity on Waugh's part would have wholly altered the relevant facts. Both the incidents of damage could have been attributed solely to him. On the contrary, though, the shipkeeper instigated and actively shared in the misplacement of the anchor so that it became a cause of damage.

I conclude, on this aspect of the matter, that the Trial Judge's finding of fault against the *Widener* should not be disturbed.

4. Others

I have already, when dealing with the liability of the *Ohio*, mentioned the Trial Judge's findings with respect to the *Rival*. Those findings were specific and exculpate those on board the *Rival* from any responsibility for the collision. The findings are founded in the evidence and no manifest error has been demonstrated.

With respect to the final member of the flotilla, the tug *Ste. Marie II*, it has not been suggested by

⁹ *Richardson (James) & Sons, Ltd. v. “Robert J. Paisley”*, [1930] 2 D.L.R. 257 (P.C.).

On peut également se référer à cet égard à la décision du Conseil privé dans l'arrêt *The Paisley*⁹. Cette affaire mettait pareillement en cause un navire sans force automotrice pris en remorque, le *Paisley*, qui était entré en collision avec un navire amarré, le *Saskatchewan*. Ce dernier avait subi d'importants dommages parce que l'ancre du *Paisley* traînait dans l'eau, le jas partiellement immergé et le diamant gisant sous deux pieds et demi d'eau. La conséquence fut que le *Saskatchewan* a été atteint sous la ligne de flottaison du fait d'une collision qui autrement aurait été mineure; il a coulé et sa cargaison avait été trempée. Le Conseil privé a tenu les propriétaires du *Paisley* responsables en raison du rôle joué par le gardien du navire. Il s'est exprimé ainsi [à la page 262]:

[TRADUCTION] Lors de l'audience tenue devant le Comité, il n'a pas été contesté—et en fait il ne pouvait l'être—que Penrice était responsable du «*Paisley*», de ses engins et de son équipement, y compris l'ancre. Cette dernière ayant été temporairement jetée au début de la période cruciale, l'un des devoirs de Penrice, à l'approche du silo, était de remettre l'ancre en place dans l'écubier. Avec l'aide des hommes du remorqueur, il s'est mis au travail. Avant que la manœuvre ne soit achevée toutefois, il s'est entendu avec le maître du remorquage pour laisser l'ancre là où elle se trouvait. Sans cela, elle aurait été arrimée en toute sûreté. Mais par suite de la décision de Penrice, le diamant de l'ancre a été endommagé et la patte a pénétré le flanc du «*Saskatchewan*». Le maître du remorquage Waugh eût-il gardé ou laissé l'ancre ainsi dangereusement exposée contre la volonté de Penrice que la situation aurait été toute autre: il n'y a qu'à lui qu'on aurait alors pu attribuer la responsabilité des dommages. Mais au contraire, c'est en raison de l'initiative et de la participation active du gardien du navire que l'ancre a été mal placée et qu'elle a causé l'avarie.

Je conclus donc, sur ce point, qu'il n'y a pas lieu d'intervenir dans la décision du juge de première instance d'imputer une faute au *Widener*.

4. Les autres

Lorsque j'ai traité de la responsabilité de l'*Ohio*, j'ai mentionné les conclusions du juge de première instance à l'égard du *Rival*. Ces conclusions exonéraient spécifiquement l'équipage de ce navire de toute responsabilité dans la collision. Elles s'appuient sur la preuve et on n'a prouvé l'existence d'aucune erreur manifeste.

En ce qui concerne le dernier membre de la flotille, le remorqueur *Ste. Marie II*, aucune des

⁹ *Richardson (James) & Sons, Ltd. v. “Robert J. Paisley”*, [1930] 2 D.L.R. 257 (P.C.).

any of the parties to this appeal that the Trial Judge was in error to find that she was not at fault.

5. Apportionment

On the question of apportionment, the Trial Judge had this to say [at pages 103-104]:

However, the greatest part of the liability must of necessity rest with the lead tug, the "Ohio", its master and owners. The lack of preparation which was apparent in the organization and conduct of this voyage, the haste shown by Capt. Kelch to get into the Port of Montréal, the flagrant lack of communication between the masters both before the turn at the Ile Ste-Hélène buoy and while they were proceeding back up the river, the decision to turn at that location, their return speed, are all factors which helped to make the accident inevitable. Furthermore, the mechanical breakdown on the tug, which had been the subject of extreme tension, cannot serve to exonerate the owners of the "Ohio" in respect of the "Rhône".

I have heretofore indicated that, in my view, the Trial Judge was in error to find the *South Carolina* at fault and that such finding was based on his erroneous belief that there was a presumption against her and that there was no evidence as to the actions taken by her in the minutes leading up to the collision. In effect, he held the *South Carolina* responsible for faults committed by the *Ohio*. In the passage just quoted, the Trial Judge, in apportioning liability, speaks only of the *Ohio* and Captain Kelch. In my opinion, and notwithstanding that the *South Carolina* is no longer in the picture, the Trial Judge's apportionment of liability of eighty per cent to the owners of the *Ohio* and twenty per cent to the owners of the *Widener* was reasonable and would have been the same even in the absence of the *South Carolina*. It should not be disturbed.

6. Costs

The making of a Sanderson order in favour of the successful defendants, the owners and operators of the tug *Rival*, against the unsuccessful defendants was a matter within the Trial Judge's discretion¹⁰ and I have not been persuaded that he

¹⁰ See *Macdonalds Consolidated Ltd. v. The Viajero*, [1977] 1 F.C. 648 (T.D.); *Apple Computer, Inc. et al. v. Mackintosh Computers Ltd. et al.* (1987), 43 D.L.R. (4th) 184 (F.C.T.D.).

parties au présent appel n'a fait valoir que le juge de première instance avait commis une erreur en concluant à l'absence de faute de sa part.

a 5. Partage des responsabilités

Voici l'avis qu'a exprimé le juge de première instance sur la question du partage des responsabilités [aux pages 103 et 104]:

b Mais la plus grande part de responsabilité incombe nécessairement au remorqueur de tête, l'«Ohio», son capitaine et ses propriétaires. L'improvisation dont on a fait preuve dans l'organisation et au cours de ce voyage, l'empressement démontré par le capitaine Kelch pour entrer dans le port de Montréal, le manque de communication flagrant entre les capitaines tant avant de virer à la bouée de l'île Ste-Hélène que durant la remontée du fleuve, la décision de tourner à cet endroit, la vitesse de remontée, sont tous autant de facteurs qui ont contribué à rendre l'accident inévitable. Par ailleurs, le bris mécanique survenu à la remorque qui était l'objet d'une tension extrême ne peut servir à disculper les propriétaires du «Ohio» à l'égard du «Rhône».

J'ai indiqué précédemment qu'à mon avis, le juge de première instance avait conclu à tort qu'il y avait eu faute de la part du *South Carolina* et ce, parce qu'il croyait erronément qu'une présomption pesait contre ce navire et que ce dernier n'avait fourni aucune preuve quant aux mesures prises dans les minutes ayant précédé la collision. En vérité, le juge de première instance a tenu le *South Carolina* responsable de fautes commises par l'*Ohio*. Dans le passage précité où il partage les responsabilités, le juge ne parle en effet que de l'*Ohio* et du capitaine Kelch. A mon avis, et même s'il n'est plus alors question du *South Carolina*, le partage de la responsabilité à quatre-vingt pour cent pour les propriétaires de l'*Ohio* et à vingt pour cent pour les propriétaires du *Widener* était raisonnable et aurait été identique même en l'absence du *South Carolina*. Il n'y a donc pas lieu d'intervenir à cet égard.

6. Les frais

Le prononcé d'une ordonnance Sanderson en faveur des défendeurs gagnants, les propriétaires et exploitants du remorqueur *Rival*, et à l'encontre des défendeurs perdants relevait du pouvoir discrétionnaire¹⁰ du juge de première instance et je

¹⁰ Voir *Macdonalds Consolidated Ltd. v. The Viajero*, [1977] 1 C.F. 648 (1^{re} inst.); *Apple Computer, Inc. et autre c. Mackintosh Computers Ltd. et autres* (1987), 43 D.L.R. (4th) 184 (C.F. 1^{re} inst.).

committed any reviewable error. By the same token, his order allowing a junior counsel's fee to plaintiff was not a matter in which this Court should intervene.

B. The right of the owners of the *Ohio* and *South Carolina* to limit liability pursuant to section 575 of the *Canada Shipping Act*

The relevant statutory provision was formerly subsection 647(2) of the *Canada Shipping Act* [R.S.C. 1970, c. S-9] and is now subsection 575(1). It reads as follows:

575. (1) The owner of a ship, whether registered in Canada or not, is not, where any of the following events occur without his actual fault or privity, namely,

(a) where any loss of life or personal injury is caused to any person on board that ship,

(b) where any damage or loss is caused to any goods, merchandise or other things whatever on board that ship,

(c) where any loss of life or personal injury is caused to any person not on board that ship through

(i) the act or omission of any person, whether on board the ship or not, in the navigation or management of the ship, in the loading, carriage or discharge of its cargo or in the embarkation, carriage or disembarkation of its passengers, or

(ii) any other act or omission of any person on board that ship, or

(d) where any loss or damage is caused to any property, other than property described in paragraph (b), or any rights are infringed through

(i) the act or omission of any person, whether on board that ship or not, in the navigation or management of the ship, in the loading, carriage or discharge of its cargo or in the embarkation, carriage or disembarkation of its passengers, or

(ii) any other act or omission of any person on board that ship,

liable for damages beyond the following amounts:

(e) in respect of any loss of life or personal injury, either alone or together with any loss or damage to property or any infringement of any rights mentioned in paragraph (d), an aggregate amount equivalent to three thousand one hundred gold francs for each ton of that ship's tonnage, and

(f) in respect of any loss or damage to property or any infringement of any rights mentioned in paragraph (d), an aggregate amount equivalent to one thousand gold francs for each ton of that ship's tonnage.

ne suis pas convaincu qu'il ait commis à cet égard une erreur sujette à révision. De même, il n'y a pas lieu que la Cour intervienne dans sa décision d'ad-juger à la demanderesse des honoraires pour les services d'un avocat-conseil junior.

B. Le droit des propriétaires de l'*Ohio* et du *South Carolina* de limiter leur responsabilité en vertu de l'article 575 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*

La disposition législative pertinente, qui était autrefois le paragraphe 647(2) de la *Loi sur la marine marchande du Canada* [S.R.C. 1970, chap. S-9], se retrouve maintenant au paragraphe 575(1) dont voici la teneur:

575. (1) Le propriétaire d'un navire, immatriculé ou non au Canada, n'est pas, lorsque l'un quelconque des événements suivants se produit sans qu'il y ait faute ou complicité réelle de sa part, savoir:

a) mort ou blessures occasionnées à une personne ou blessures occasionnées à une personne à bord de ce navire;

b) avarie ou perte de marchandises, d'objets ou autres choses à bord du navire;

c) mort ou blessures occasionnées à une personne qui n'est pas à bord de ce navire;

(i) soit par l'acte ou l'omission de toute personne, qu'elle soit ou non à bord du navire, dans la navigation ou la conduite du navire, le chargement, le transport ou le déchargement de sa cargaison, ou l'embarquement, le transport ou le débarquement de ses passagers,

(ii) soit par quelque autre acte ou omission de la part d'une personne à bord du navire;

d) avarie ou perte de biens, autres que ceux qui sont mentionnés à l'alinéa b), ou violation de tout droit:

(i) soit par l'acte ou l'omission de toute personne, qu'elle soit ou non à bord du navire, dans la navigation ou la conduite du navire, le chargement, le transport ou le déchargement de sa cargaison, ou l'embarquement, le transport ou le débarquement de ses passagers,

(ii) soit par quelque autre acte ou omission de la part d'une personne à bord du navire,

responsable des dommages-intérêts au-delà des montants suivants:

e) à l'égard de la mort ou des blessures corporelles, qu'elles soient considérées seules ou avec toute avarie ou perte de biens ou toute violation de droits dont fait mention l'alinéa d), un montant global équivalant à trois mille cent francs-or pour chaque tonneau de jauge du navire;

f) à l'égard de toute avarie ou perte de biens ou de toute violation des droits dont fait mention l'alinéa d), un montant global équivalant à mille francs-or pour chaque tonneau de jauge du navire.

Since there was no loss of life, personal injury or damage to cargo, the provisions of paragraph (d) are in play.

It is now well established that, in matters of tug and tow (at least where the tug is owned separately from the tow), the owners of the tug are entitled to limit their liability based on the tug's tonnage alone. This is so notwithstanding that the damage may have been caused by the tug's negligence in navigating the tow and that the tow may be very much the larger of the two vessels. The leading case is the decision of Lord Denning M.R., in *The Bramley Moore*, *supra*. There, after citing the relevant statutory provision, he said [at page 437]:

Let me apply this to a tug and tow case such as we have been considering. If those on board the tug are negligent and those on board the tow are not, and the tow comes into collision with another vessel, then clearly the damage is caused through an "act or omission of any person on board the tug". If you insert the appropriate words into the section as now amended, it reads in this way: "The owners of a tug shall not, where damage is caused through any act or omission of any person on board the tug, be liable in damages" beyond an amount calculated on the tonnage of the tug. So read, it seems clearly to cover the case when those on the tug are negligent and those on the tow are not. It shows that the owners of the tug can limit their liability according to the tonnage of the tug.

The principle underlying limitation of liability is that the wrongdoer should be liable according to the value of his ship and no more. A small tug has comparatively small value and it should have a correspondingly low measure of liability, even though it is towing a great liner and does great damage. I agree that there is not much room for justice in this rule; but limitation of liability is not a matter of justice. It is a rule of public policy which has its origin in history and its justification in convenience.

It is also well established that the burden of establishing that he is without "actual fault or privity" and therefore entitled to limit liability falls upon the shipowner and is a heavy one.

The burden resting on the shipowners is a heavy one and is not discharged by their showing that their acts were not "the sole or next or chief cause" of the mishap. As Viscount

Puisqu'il n'y pas eu en l'espèce de mort, de blessures ou d'avarie de marchandises, ce sont les dispositions de l'alinéa d) qui s'appliquent.

Il est maintenant bien établi qu'en matière de remorquage (du moins lorsque le remorqueur et sa remorque n'ont pas le même propriétaire), les propriétaires du remorqueur sont admis à limiter leur responsabilité en fonction de la seule jauge de leur navire. Il en est ainsi quoique l'avarie ait pu être causée par la négligence du remorqueur dans la conduite de la remorque et malgré la taille souvent beaucoup plus imposante de cette dernière. L'arrêt de principe sur cette question est l'affaire *The Bramley Moore*, précitée, où le maître des rôles lord Denning s'exprime ainsi [à la page 437] après avoir cité la disposition législative pertinente:

[TRADUCTION] Appliquons ce principe à une affaire mettant en cause, comme en l'espèce, un remorqueur et un navire remorqué. Si les personnes se trouvant à bord du remorqueur ont fait preuve de négligence alors que tel n'est pas le cas des personnes à bord de la remorque, et que cette dernière entre en collision avec un autre navire, les dommages résultent alors clairement de l'acte ou de l'omission d'une personne à bord du remorqueur. Si l'on insérait les mots appropriés dans l'article tel qu'il est maintenant modifié, il serait ainsi libellé: «Les propriétaires d'un remorqueur ne sont pas, lorsque les dommages résultent de l'acte ou de l'omission d'une personne se trouvant à son bord, responsables de ces dommages» au-delà d'un montant calculé en fonction de la jauge du remorqueur. Ainsi formulé, l'article semble clairement viser le cas où les personnes à bord du remorqueur sont négligentes alors que celles se trouvant à bord de la remorque ne le sont pas. Il en ressort que les propriétaires d'un remorqueur peuvent limiter leur responsabilité suivant la jauge de leur navire.

Le principe sous-tendant la limitation de la responsabilité est que l'auteur de la faute devrait être tenu responsable suivant au plus la valeur de son navire. Un petit remorqueur a une valeur moindre et devrait ainsi encourir un degré moindre de responsabilité, même s'il prend en remorque un gros navire de ligne et cause d'importants dommages. Je conviens que cette règle n'est pas particulièrement juste, mais la limitation de responsabilité n'est pas une question de justice. C'est une règle dictée par l'intérêt public qui puise son origine dans l'histoire et qui se justifie par son utilité.

Il est également bien établi que c'est au propriétaire du navire qu'il appartient d'établir l'absence de «faute ou complicité réelle de sa part» et, par tant, son droit de limiter sa responsabilité. C'est un lourd fardeau.

L'obligation qui incombe aux propriétaires d'un navire est lourde et ils ne peuvent pas s'en acquitter en démontrant que leurs actes ne constituent pas [TRADUCTION] «l'unique cause ou la cause prochaine ou la cause principale» du malheureux accident. Comme l'a souligné le vicomte Haldane dans *Stan-*

Haldane states in *Standard Oil Co. of New York v. Clan Lines Steamers, Ltd.*, at page 113

... they must show that they were themselves in no way in fault or privity to what occurred.¹¹

Finally, by way of introduction to this aspect of the matter, the law is now clear that, where a ship is owned by a body corporate, the actual fault or privity which will have the effect of denying the benefit of the statutory limitation of liability to the corporate shipowner must be that of a physical person who is "the directing mind and will" of the company. The quotation comes from the judgment of Viscount Haldane L.C. in *Lennard's Carrying Company v. Asiatic Petroleum Company*:¹²

Now, my Lords, did what happened take place without the actual fault or privity of the owners of the ship who were the appellants? My Lords, a corporation is an abstraction. It has no mind of its own any more than it has a body of its own; its active and directing will must consequently be sought in the person of somebody who for some purposes may be called an agent, but who is really the directing mind and will of the corporation, the very ego and centre of the personality of the corporation.

The Trial Judge dealt with the issue of limitation of liability as follows [at pages 107-110]:

Let us see what the evidence presented by G.L.T. in the case at bar does to limit its liability.

Capt. Paul A Lloyd, G.L.T.'s vice-president, operations, testified at length. He is responsible as such for administration, the hiring of staff and the setting of rates, and he also has responsibility for the proper operation of the many tugs owned by the company: he is in fact the person responsible "to make sure that they operated properly". However, as regards the tug "Ohio" inter alia, for anything relating to navigation, the provision of maritime maps and everything that should be on board the tug, he relied on Capt. Kelch. By his own admission, Kelch was part of the company's management and had to make many decisions regarding, inter alia the provision of maritime maps. Additionally, all decisions regarding this voyage to a port on the St Lawrence, except for the preliminary measures, were made by Capt. Kelch, though this did not prevent him from discussing matters frequently with his superior. Thus when the time came to obtain a fourth tug to get out of the St Lawrence Seaway, Kelch referred to Lloyd for authority, but this was more of a formality to cover the financial aspect of the matter, for as Lloyd said the number of tugs required to make a manoeuvre was a navigational matter which was specifically Kelch's responsibility. Indeed, according to the testimony of Capt. Kelch himself, his many duties with the company made him a representative of it. He admitted spontaneously that he

¹¹ *Stein et al. v. "Kathy K" et al. (The Ship)*, [1976] 2 S.C.R. 802, at p. 819.

¹² [1915] A.C. 705 (H.L.), at p. 713.

Standard Oil Co. of New York v. Clan Lines Steamers Ltd., à la page 113

[TRADUCTION] ... ils doivent démontrer que l'événement s'est produit sans qu'il y ait faute ou complicité de leur part¹¹.

^a Ajoutons, en guise d'introduction sur ce point, que dans l'état actuel du droit, lorsqu'un navire est la propriété d'une personne morale, la faute ou complicité réelle qui aura pour effet de priver cette compagnie du bénéfice de la limitation légale de responsabilité devra être celle de la personne physique qui en incarne «l'âme dirigeante». Les mots cités sont tirés du jugement du lord chancelier Haldane dans l'affaire *Lennard's Carrying Company v. Asiatic Petroleum Company*¹²:

^b [TRADUCTION] Maintenant, vos seigneuries, l'accident s'est-il produit sans la faute ou la complicité réelle des propriétaires du navire, en l'occurrence les appellants? Vos seigneuries, une société est une abstraction. Elle n'a pas d'esprit qui lui est propre pas plus qu'elle ne possède de corps; aussi son principe actif doit-il être recherché dans la personne qui, à certaines fins, peut être appelée mandataire, mais qui est véritablement l'âme dirigeante de la société, l'incarnation même de sa personnalité.

^d Le juge de première instance a abordé ainsi la question de la limitation de responsabilité [aux pages 107 à 110]:

Voyons ce que révèle en l'espèce la preuve présentée par G.L.T. pour limiter sa responsabilité.

^e Le capitaine Paul A. Lloyd, vice-président à l'exploitation de G.L.T. a longuement témoigné. En cette qualité, il s'occupe de l'administration, de l'embauche du personnel, de la cotation des taux, et il est aussi responsable de la bonne marche des nombreux remorqueurs appartenant à la compagnie; en fait, il est la personne responsable «to make sure that they operated properly». Mais en ce qui concerne entre autres le remorqueur «Ohio», lorsqu'il est question de navigation, de l'approvisionnement en cartes maritimes et de tout ce qui doit se trouver à bord du remorqueur, il se fie au capitaine Kelch. Selon son propre aveu, Kelch faisait partie de la direction de la compagnie et avait de nombreuses décisions à prendre concernant entre autres l'approvisionnement en cartes maritimes. D'ailleurs, concernant ce voyage en direction d'un port sur le Saint-Laurent, sauf pour ce qui est des démarches préliminaires, toutes les décisions relevaient du capitaine Kelch, ce qui n'empêchait pas ce dernier de faire de fréquents rapports à son supérieur. Ainsi lorsqu'est venu le temps de s'assurer de la présence d'un quatrième remorqueur pour sortir de la Voie maritime du Saint-Laurent, Kelch a référé à Lloyd pour en obtenir l'autorisation mais il s'agissait plus d'une formalité pour couvrir l'aspect financier de la question car selon Lloyd, le nombre de remorqueurs requis pour effectuer une manœuvre

¹¹ *Stein et autres c. «Kathy K» et autres (Le navire)*, [1976] 2 R.C.S. 802, à la p. 819.

¹² [1915] A.C. 705 (H.L.), à la p. 713.

had acted as tug master for this voyage, a fact which his immediate superior Capt. Lloyd did not know until the trial. The latter stated that the company did not even make a practice of checking who was in charge of manoeuvres in tows involving more than one tug.

A tug-owner seeking to limit his liability cannot display such a complete lack of interest in who, how and under the ultimate responsibility of which captain such a long voyage is to be undertaken, without even checking that he has all the instruments necessary for navigation on board.

The defendant also called Joseph White, who is responsible for maintenance and repairs on the fleet. He provided a long explanation of the features of the tugs "Ohio" and "South Carolina" and the documents and spare parts to be found on board. He also dwelt at length on the various annual or sporadic inspection programs applicable to their tugs, and in particular the towing equipment on board the "Ohio". In this connection, after explaining the braking systems in this equipment, the witness noted that the pin which broke in the accident that occurred in Montréal in 1980 was a replacement one which had been installed in the company's own workshops at an unknown date but before 1975, the date on which he commenced his duties. To his knowledge it had not been replaced since.

There is no question that the mechanical breakdown which occurred in the towing equipment is attributable to negligence by the company in maintaining its equipment, and it provided no plausible explanation except for the high tension applied to the equipment. It was mentioned that the original pin, made of copper, had broken too often in the past and for this reason it was decided to replace it with another made of stainless steel that had never broken . . . until November 7, 1980. This fact in no way excuses the company: for it to avoid liability, it must do more than establish that the pin broke and that it had been replaced more than five years earlier. In this connection the equipment inspection and maintenance systems referred to in evidence, however numerous and sophisticated they may have been, cannot serve to exonerate the company.

The defendant also called Thomas Meakin, who in fact held the position of chief mechanic with the defendant and worked under the immediate orders of Jos White. On the day of the accident, though this was not his usual function, he was in the stern of the "Ohio" when the mechanical breakdown occurred. This witness, whose testimony was very precise, provided a lengthy explanation of the operation of the equipment, its braking systems and the maintenance programs covering it. In particular he described the danger the "Ohio" was in before the mechanical breakdown, when the stern was completely submerged, and though he is quite tall the water was up to his waist, and the actions he had to take at the last minute to stop the paying out of the cable. His presence of mind and extraor-

était une question de navigation qui relevait spécifiquement de Kelch. En fait, selon le témoignage même du capitaine Kelch, ses nombreuses responsabilités au sein de la compagnie en faisant un représentant de celle-ci. À propos de ce voyage, il a admis spontanément avoir agi en qualité de maître du remorquage, fait qu'il ignorait son supérieur immédiat, le capitaine Lloyd, jusqu'au moment du procès. Selon ce dernier, il n'était même pas dans les habitudes de la compagnie de s'assurer qui était en charge des manœuvres dans le cas de remorquages impliquant plus d'un remorqueur.

a Il est inadmissible qu'un propriétaire de remorqueur qui entend limiter sa responsabilité puisse ainsi se désintéresser de savoir qui, comment et sous la responsabilité ultime de quel capitaine un si long voyage pourrait être entrepris, sans même qu'on se soit assuré qu'il ait à bord tous les instruments nécessaires à la navigation.

c La défenderesse a aussi fait entendre Joseph White, responsable de l'entretien et des réparations de la flotte. Il a longuement expliqué les caractéristiques des remorqueurs «Ohio» et «South Carolina», les documents et pièces de rechange qu'on pouvait trouver à bord. Il a aussi élaboré longuement sur les différents programmes d'inspection annuels ou sporadiques auxquels étaient soumis leurs remorqueurs et en particulier les appareils de remorquage à bord du «Ohio». À ce sujet, après avoir expliqué les systèmes de freinage de cet appareil, le témoin a rappelé que la goupille qui s'est rompue lors de l'incident survenu à Montréal en 1980 en était une de remplacement qui aurait été installée dans les chantiers mêmes de la compagnie, à une date indéterminée mais antérieure à 1975, date où il a commencé à assumer ses fonctions. À sa connaissance, elle n'avait pas été remplacée depuis.

f Il ne fait pas de doute que le bris mécanique survenu à bord de l'appareil de remorquage est imputable à une négligence de la compagnie dans l'entretien de son équipement et elle n'a fourni aucune explication plausible si ce n'est la forte tension exercée sur l'appareil. On a fait valoir que la goupille originale, faite de cuivre, se rompait trop fréquemment par le passé, et que pour cette raison, on avait décidé de la remplacer par une autre en acier inoxydable qui ne serait plus jamais brisée . . . sauf le 7 novembre 1980. Ce fait n'excuse en rien la compagnie; il n'est pas suffisant d'établir le bris de la goupille et le fait qu'elle avait été remplacée plus de 5 ans auparavant pour se dégager de sa responsabilité. À cet égard, les systèmes de vérification et d'entretien d'équipement dont on a fait la preuve, si nombreux et si sophistiqués étaient-ils, ne peuvent servir à exonérer la compagnie.

i La défenderesse a aussi fait entendre Thomas Meakin qui occupait en fait le poste de mécanicien chef pour le compte de la défenderesse et travaillait sous les ordres immédiats de Jos White. Même si ce n'était pas sa tâche habituelle, le jour de l'accident, il se trouvait à la poupe du «Ohio» lorsque le bris mécanique s'est produit. Très explicite, ce témoin a longuement expliqué le fonctionnement de l'appareil, ses systèmes de freinage, et les programmes d'entretien auxquels il était soumis. Il a particulièrement décrit le péril qui menaçait le «Ohio» avant le bris mécanique, alors que la poupe était complètement submergée et que lui-même, pourtant de stature imposante, avait de l'eau jusqu'à la taille, et les manœuvres qu'il a dû faire **in extremis** pour arrêter le déroulement du câble. Sa présence

dinary courage probably prevented the tug being swamped, and clearly he cannot be in any way faulted personally.

That leaves Capt. Kelch, who as we saw earlier was also part of the company's management and had many duties. The Court has already discussed earlier the faults committed by him. It does not much matter whether he acted wrongfully in his capacity as a manager of the company, as port master, or whether his faults are attributable to navigational errors as tug master: that cannot be a means of excluding his liability to the plaintiff. If the same person who commits a navigational mistake is also one whose acts identify him with acts of the company, and in that capacity is also at fault, his employers cannot benefit from the limitation of liability contained in 647.

In short, even assuming that the defendant G.L.T. was able to prove the identity of persons whose acts identified them with acts of the company, it is far from establishing that those persons were not guilty of fault or privity in the sense that must be given to these words, as explained in the "Kathy K". On the contrary, the evidence established that Capt. Lloyd was the person whose acts identified him most with the acts of the company so far as administration and general supervision are concerned, and it was abundantly clear from his testimony that he knew practically nothing of what was happening on board his tugs during this voyage, cared very little about it and gave his masters all possible latitude. The person responsible for maintenance, Jos White, gave no plausible explanation of the mechanical breakdown on board the "Ohio". Finally, Capt. Kelch, who was responsible on the company's behalf not only for providing the tugs with the documentation necessary for such a voyage, but, *inter alia* for hiring a fourth tug to bring the barge to its destination, failed lamentably in his duties by exercising his functions as a company manager negligently in respect of the "Rival".

In short, the defendant G.L.T. did not establish that it is entitled to the limitation of liability.

Several aspects of this finding cause me difficulty.

In the first place, as I understand the Trial Judge, he finds actual fault or privity in Captain Lloyd because of the latter's inadequate supervision of Captain Kelch or, as the Trial Judge put it, a "lack of interest". While there can be no doubt that an owner may be in actual fault or privity through sins of omission, it remains that such omissions must in some way be causally related to the casualty. Examples from the leading cases make this clear.

d'esprit et son courage extraordinaire ont probablement empêché le remorqueur de sombrer et on ne peut certes personnellement lui reprocher quoi que ce soit.

Reste le capitaine Kelch qui, comme on l'a vu antérieurement, faisait lui aussi partie de la direction de la compagnie et assumait de nombreuses responsabilités. La Cour a déjà élaboré auparavant sur les fautes qu'il a commises. Il importe peu qu'il ait agi de façon fautive en sa qualité de dirigeant de la compagnie comme capitaine de port ou que ses fautes soient attribuables à des erreurs de navigation en tant que maître du remorqueur: il ne peut pour autant dissocier sa responsabilité face à la défenderesse. Si la même personne qui commet une faute de navigation est en même temps celle dont les actes l'identifient aux actes de la compagnie, et qu'en cette qualité, elle est aussi fautive, ses employeurs n'ont pas droit à la limite de responsabilité prévue à l'article 647.

Bref, même en prenant pour acquis que la défenderesse G.L.T. a réussi à prouver l'identité des personnes dont les actes les identifiaient aux actes de la compagnie, elle est loin d'avoir démontré que ces personnes ne sont pas coupables de faute ou de complicité au sens qu'il faut donner à ces mots, comme on l'a précisé dans l'affaire du «Kathy K». Au contraire, la preuve démontre que le capitaine Lloyd était celui dont les faits et gestes l'identifiaient davantage aux actes de la compagnie en ce qui concernait l'administration et la surveillance générale, et il ressort abondamment de son témoignage qu'il ignorait pratiquement tout de ce qui se passait à bord de ses remorqueurs durant ce voyage, s'en souciait fort peu et laissait toute la latitude voulue à ses capitaines. Quant au bris mécanique survenu à bord du «Ohio», le responsable de l'entretien Jos White, n'en a fourni aucune explication plausible. Enfin, le capitaine Kelch qui était responsable pour la compagnie non seulement de l'approvisionnement à bord des remorqueurs de la documentation nécessaire à un tel voyage, mais entre autres de l'embauche d'un quatrième remorqueur pour mener la barge à bon port, il a lamentablement failli à sa tâche en exerçant de façon négligente, à l'égard du «Rival», ses fonctions de dirigeant de la compagnie.

Bref, la défenderesse G.L.T. n'a pas établi qu'elle avait droit à la limite de responsabilité.

Plusieurs aspects de cette conclusion me causent des difficultés.

En premier lieu, le juge de première instance a, si je ne m'abuse, conclu à la faute ou complicité réelle du capitaine Lloyd en raison de la surveillance inadéquate qu'il aurait exercée sur le capitaine Kelch ou, selon ses termes, du désintérêt qu'il aurait manifesté. Même s'il ne fait aucun doute qu'un propriétaire peut se rendre coupable de faute ou de complicité réelle en raison de péchés d'omission, il reste qu'il doit y avoir un lien de causalité quelconque entre ces omissions et l'accident. Les arrêts de principe sur cette question en fournissent d'éloquents exemples.

Thus, in *The Lady Gwendolen*,¹³ where a ship travelling at speed in dense fog collided with a vessel at anchor, it was held that the owners' failure to see that the master was properly instructed in the use of radar and to impress upon him the dangers of navigating at speed in fog, even with radar, constituted actual fault or privity on their part. The following passage from the judgment of Winn L.J., at page 348, is particularly instructive on the issue of causation:

Having been greatly assisted by thorough analyses by learned Counsel, to whom I express my indebtedness, of all the authorities in which in a number of different sets of circumstances and situations Courts have determined the presence or absence of such actual fault or privity, it appears to me that two guiding principles are plain:

First: an owner who seeks to limit his liability must establish that, although for the immediate cause of the occurrence he is responsible on the basis of *respondeat superior*, in no respect which might possibly have causatively contributed was he himself at fault. An established causative link is an essential element of any actionable breach of duty: therefore, "actual fault" in this context does not invariably connote actionable breach of duty.

Second: an owner is not himself without actual fault if he owed any duty to the party damaged or injured which (a) was not discharged; (b) to secure the proper discharge of which he should himself have done but failed to do something which in the given circumstances lay within his personal sphere of performance.

Similarly, in *The Marion*,¹⁴ where the master, using an out-of-date chart, anchored over an underwater pipeline which broke and caused immense damage, the owners were held in actual fault or privity for having failed to ensure that the ship was equipped only with up-to-date charts and that obsolete charts were destroyed. Once again, the lack of supervision bore a clear causal relation to the damage, as is indicated by the following passage from Lord Brandon's speech, at page 352:

There remains only the question of causation, which presents little difficulty, especially having regard to the incidence of the burden of proof. The appellants could not, and did not, prove that, if FMSL had had a proper system of supervision in relation to charts, Captain Potenza would still in March 1977 have been navigating with a hopelessly obsolete chart, even

Ainsi, dans l'affaire *The Lady Gwendolen*¹³, où un navire naviguant à vive allure par un épais brouillard avait heurté un navire à l'ancre, on a décidé qu'en négligeant de voir à ce que le capitaine reçoive les instructions nécessaires sur le maniement du radar et comprenne les dangers de naviguer à vive allure dans le brouillard, même à l'aide d'un radar, les propriétaires s'étaient rendus coupables de faute ou de complicité réelle. L'extrait suivant du jugement du lord juge Winn, à la page 348, est particulièrement instructif sur cette question de la causalité:

[TRADUCTION] Après avoir pris connaissance, grâce aux analyses approfondies dont je suis grandement redevable aux procureurs, de toutes les décisions où, dans les circonstances et les situations les plus variées, les tribunaux ont statué sur la présence ou l'absence d'une faute ou complicité réelle, j'estime pouvoir en dégager deux principes évidents:

Premièrement: le propriétaire qui veut limiter sa responsabilité doit établir que, même s'il est responsable de la cause immédiate de l'événement en vertu du principe *respondeat superior*, il n'était lui-même d'aucune façon en faute à l'égard de quelque élément causal que ce soit. La preuve d'un lien causal est en effet un élément essentiel à l'ouverture d'une action en violation d'une obligation, la «faute réelle» dans ce contexte ne signifie donc pas nécessairement qu'il y ait eu violation d'une obligation ouvrant droit à une action.

Deuxièmement: le propriétaire n'est pas lui-même sans avoir commis de faute réelle s'il avait envers la partie ayant subi le dommage ou la blessure une obligation (a) dont il ne s'est pas acquitté, et (b) dont il aurait dû s'acquitter en faisant lui-même quelque chose qu'il a négligé de faire et qui, dans les circonstances, relevait de sa propre compétence.

De même, dans l'affaire *The Marion*¹⁴ où le capitaine s'était, d'après les indications d'une carte désuète, ancré sur un pipeline immergé, lequel s'était rompu en causant des dommages considérables, on a conclu à la faute ou complicité réelle des propriétaires parce qu'ils avaient négligé de faire en sorte que le navire soit uniquement équipé de cartes à jour et que les cartes désuètes soient détruites. Ici encore, il y avait une relation causale manifeste entre le défaut de surveillance et les dommages, comme il ressort du passage suivant de l'opinion de lord Brandon, à la page 352:

[TRADUCTION] Il reste seulement à trancher la question de la causalité, laquelle ne présente que peu de difficulté, compte tenu en particulier de l'incidence du fardeau de la preuve. Les appelants ne pouvaient prouver, et ils ne l'ont pas fait, que même si FMSL avait exercé une surveillance adéquate en ce qui a trait aux cartes, le capitaine Potenza aurait, malgré la

¹³ [1965] 1 Lloyd's Rep. 335 (C.A.).

¹⁴ *Grand Champion Tankers Ltd v Norpipe A/S (The Marion)*, [1984] 2 All ER 343 (H.L.).

¹³ [1965] 1 Lloyd's Rep. 335 (C.A.).

¹⁴ *Grand Champion Tankers Ltd v Norpipe A/S (The Marion)*, [1984] 2 All ER 343 (H.L.).

though a modern one showing the pipeline was on board and available to him. Equally the appellants could not, and did not, prove that, if Mr. Downard had been informed promptly about the Liberian report and its contents, the same events would still have taken place. The likelihood is, in either case, that Captain Potenza would either have been persuaded by FMSL to abandon his propensity for navigating with obsolete charts or, if he proved to be incapable of reform in that respect, have been relieved of his command. In these circumstances it is impossible for the appellants to establish that the two actual faults of the appellants which I have held were committed did not contribute to the damage to the pipeline.

Finally, on this question reference may be had to the decision of the House of Lords in *The Norman*,¹⁵ where failure to send a wireless message to the master warning him of newly received information regarding suspected hazards in a poorly charted area already known to be hazardous was found to constitute actual fault and privity on the part of the owners. On the issue of causation, Lord Radcliffe put the question as follows [at page 12]:

Did the owners then succeed in establishing that, even though it would have been the reasonable course to send on the information, yet its receipt would have made no contribution to averting the actual disaster? For this purpose, I think that we must look to the owners as plaintiffs to satisfy the Court that, taking one consideration with another, there was no reasonable likelihood that the message, if received, would have affected the actions or decisions of the skipper of the *Norman* in any material direction.

The comparison between these cases and the facts as found by the learned Trial Judge in the case at bar is striking. There is no suggestion that a lack of supervision by the owners contributed in some way, however remote, to the casualty. The specific acts of negligence found against Captain Kelch are without exception ordinary questions of navigation lying within the normal authority and scope of activity of the master. There is no shred of evidence to suggest that a prudent shipowner would have so concerned himself with the details of navigation as to specifically instruct Kelch where to turn the flotilla or at what speed to tackle the St. Mary's current or in what manner to communicate with the other captains. In short and to paraphrase the words of Lord Radcliffe in *The Norman*, *supra*, taking one consideration with another, there was no reasonable likelihood that any closer degree of supervision and reporting

¹⁵ *Northern Fishing Company (Hull), Ltd. v. Eddom and Others*, [1960] 1 Lloyd's Rep. 1 (H.L.).

présence à bord d'une carte récente indiquant la présence du pipeline, continué en mars 1977 à naviguer avec une carte désespérément désuète. De même, les appelants ne pouvaient prouver, et ils ne l'ont pas fait, que M. Downard eût-il été promptement informé de l'existence du rapport libérien et de son contenu, les mêmes événements se seraient produits. Dans l'un ou l'autre cas, il est probable soit que le capitaine Potenza aurait été persuadé par FMSL de renoncer à naviguer avec des cartes désuètes, soit, s'il avait manifesté son incapacité à changer à cet égard, qu'il aurait été relevé de son commandement. Dans les circonstances, il est donc impossible pour les appelants d'établir que les deux fautes réelles dont je les ai tenus responsables n'ont pas contribué aux dommages causés au pipeline.

Enfin, on peut également se reporter sur cette question à la décision de la Chambre des lords dans l'affaire *The Norman*¹⁵, où on a jugé qu'il y avait eu faute ou complicité réelle des propriétaires qui avaient négligé d'envoyer un message télégraphique au capitaine pour l'avertir qu'ils venaient de recevoir des renseignements sur l'existence présumée de dangers dans une zone mal cartographiée déjà réputée dangereuse. Lord Radcliffe formule ainsi la question de la causalité [à la page 12]:

[TRADUCTION] Les propriétaires ont-ils réussi à établir que même s'il aurait été raisonnable de transmettre l'information, sa réception n'aurait pas contribué à éviter le désastre? À cette fin, j'estime que nous devons considérer les propriétaires comme des demandeurs qui doivent convaincre la Cour que, tout bien considéré, il n'est pas raisonnablement probable de croire que le message, s'il avait été reçu, aurait modifié de façon importante les actions ou les décisions du commandant du *Norman*.

La comparaison de ces affaires avec les faits constatés en l'espèce par le juge de première instance est frappante. Rien n'indique en effet que le défaut de surveillance des propriétaires ait contribué de quelque façon, aussi éloignée soit-elle, à l'accident. Les actes spécifiques de négligence qui ont été imputés au capitaine Kelch sont sans exception des questions ordinaires de navigation relevant de l'autorité et de la compétence normales du capitaine. Il n'y a pas la moindre preuve laissant croire qu'un propriétaire de navire prudent se serait personnellement préoccupé des détails de la navigation au point de donner à Kelch des instructions précises sur l'endroit où effectuer le virage de la flotille, la vitesse à laquelle affronter le courant Ste-Marie ou encore la façon de communiquer avec les autres capitaines. En bref et pour reprendre les mots de lord Radcliffe dans l'affaire *The Norman*, précitée, tout bien considéré, il n'était

¹⁵ *Northern Fishing Company (Hull), Ltd. v. Eddom and Others*, [1960] 1 Lloyd's Rep. 1 (H.L.).

imposed by the owners at the company's Head Office in Cleveland would have materially affected the actions or decisions of Captain Kelch when he was navigating his flotilla in the Port of Montréal.

In the second place, it is my view that the Trial Judge has erred in finding that Captain White, another directing mind and will, was in actual fault and privity in the casualty. Here the difficulty lies not with the issue of causation, for there is no question that there was a causal relation between the breaking of the towing machine and the damage. Rather it is my opinion that the Trial Judge has imposed an impossibly high standard upon the owners. He himself describes the company's equipment inspection and maintenance systems as "numerous and sophisticated". He fails to make any finding that they were inadequate or defective. What more, one may ask, can an owner do than institute a proper and prudent programme of inspection and maintenance? The consequence of the Trial Judge's finding, if left undisturbed, is to turn shipowners into insurers every time a casualty results from an equipment failure. In my opinion, that is not the law.

There remains, on this aspect of the matter, the Trial Judge's finding that Captain Kelch was himself a directing mind and will of the corporate shipowner. Here there is no difficulty on the question of personal fault or the causal relationship between such fault and the damage. It is now well settled, that, if Kelch was truly a directing mind and will of the company, the fact that he was also acting as master and that his negligence was committed in that capacity is nothing to the point. The following words of Stone J.A., in *Wishing Star Fishing Co. v. B.C. Baron (The)*,¹⁶ are conclusive [at page 339]:

As I see it, the distinction between an act of a particular individual in his capacity of master and an act in his capacity as owner for purposes of section 649, has no application in determining whether the act was done "without the actual fault or privity" of a corporation for purposes of section 647. In the

pas raisonnablement probable de croire qu'une surveillance plus étroite et des rapports plus fréquents de la part des propriétaires au siège social de la compagnie à Cleveland, auraient modifié de façon importante les actions ou les décisions du capitaine Kelch au moment où il naviguait avec sa flotille dans le port de Montréal.

En second lieu, je suis d'avis que le juge de première instance a commis une erreur en concluant qu'il y avait eu faute ou complicité réelle du capitaine White, une autre âme dirigeante de la compagnie. En l'occurrence, la difficulté ne réside pas dans la question de la causalité puisque la relation causale entre le bris de l'appareil de remorquage et le dommage ne fait aucun doute. J'estime plutôt que le juge de première instance a imposé aux propriétaires une norme d'une rigueur impossible à satisfaire. Il décrit lui-même les systèmes d'inspection et d'entretien de l'équipement de la compagnie comme «nombreux et sophistiqués». Il ne conclut aucunement qu'ils étaient inadéquats ou défectueux. Or, on peut se demander que peut faire un propriétaire de plus que d'instituer un programme adéquat d'inspection et d'entretien. Laisser intactes les conclusions du juge de première instance à cet égard aurait pour effet de transformer les propriétaires de navires en assureurs chaque fois qu'un accident résulte d'un bris d'équipement. À mon avis, telle n'est pas la règle de droit.

Il reste, sur ce point, à examiner la conclusion du juge de première instance suivant laquelle le capitaine Kelch était lui-même une âme dirigeante de la compagnie propriétaire du navire. Dans son cas, la question de la faute personnelle ou du lien de causalité entre cette faute et le dommage ne pose pas de difficulté. Il est maintenant bien établi que, si Kelch était véritablement une âme dirigeante de la compagnie, le fait qu'il agissait également comme capitaine et que c'est en cette qualité qu'il avait commis sa négligence n'est pas pertinent. Le passage suivant du juge Stone de la Cour d'appel dans l'arrêt *Wishing Star Fishing Co. c. B.C. Baron (Le)*¹⁶ fait autorité [à la page 339]:

À mon point de vue, la distinction établie pour les fins de l'article 649 entre un acte posé par un individu particulier en sa qualité de capitaine et un acte posé par cet individu en sa qualité de propriétaire ne s'applique pas lorsqu'il s'agit de déterminer si l'acte visé a été accompli «sans qu'il y ait faute ou

¹⁶ [1988] 2 F.C. 325 (C.A.).

¹⁶ [1988] 2 C.F. 325 (C.A.).

latter case, as the authorities demonstrate, what is important is whether the doer of the act occupied such a position in the corporation that at the time it was done it may be said to have been the very act of the corporation itself. I have concluded that Mr. Krause's acts and omissions were of this kind and, accordingly, the corporation cannot limit its liability. The losses did not occur without its "actual fault or privity".

The real question with regard to Captain Kelch is whether the Trial Judge was justified in finding that he was a directing mind and will of Great Lakes Towing Company. Certainly at first blush this seems surprising. Kelch, after all, although master of a vessel, is an employee and the very purpose of section 575 is surely to relieve shipowners from liability for negligent acts of their employees where they have not themselves participated in the negligence. Surely it cannot be that, by the device of corporate identification, a liability is imposed which it was the very purpose of the legislation to avoid.

On the other hand, it must also be borne in mind that Kelch was more than an ordinary master or simple employee and, acting on behalf of his employers, had extended duties and responsibilities for the conduct of the whole flotilla.

The test established in *Lennard's Carrying, supra*, for the identification of the corporate *ego* has not stood still. In particular, it has not been restricted to the rather arcane purposes of limiting the owners' liability for marine casualties. In *H.L. Bolton (Engineering) Co. Ltd. v. T.J. Graham & Sons Ltd.*,¹⁷ the English Court of Appeal used it to determine whether a corporate landlord had the necessary intention to occupy property under the *Landlord and Tenant Act*. In an oft quoted passage, Denning L.J. (as he then was) said [at page 172]:

So the judge has found that this company, through its managers, intend to occupy the premises for their own purposes. Mr. Albery contests this finding, and he has referred us to cases decided in the last century; but I must say that the law on this matter and the approach to it have developed very considerably since then. A company may in many ways be

¹⁷ [1957] 1 Q.B. 159 (C.A.).

complicité réelle» de la part de la société pour les fins de l'article 647. Dans ce dernier cas, comme l'affirme la jurisprudence, la question importante est celle de savoir si la personne qui a posé l'acte en cause occupait à ce moment-là au sein de la société un poste tel que son acte puisse être considéré comme l'acte de la société elle-même. J'ai conclu que les actes et les omissions de M. Krause appartenaient à cette catégorie et, en conséquence, la société ne peut limiter sa responsabilité. Les pertes ne se sont pas produites sans qu'il y ait «faute ou complicité réelle» de sa part.

La véritable question qui se pose à l'égard du capitaine Kelch est de savoir si le juge de première instance était justifié de conclure qu'il était une âme dirigeante de la Great Lakes Towing Company. À première vue, cette conclusion est certes étonnante. Somme toute, en dépit de son titre de capitaine, Kelch est un employé et l'objet même de l'article 575 est assurément de dégager les propriétaires de navires de toute responsabilité pour les actes négligents de leurs employés lorsqu'ils n'y ont pas eux-mêmes contribué. Manifestement, il est impossible que, par le biais de l'identification corporative, on impose ainsi une responsabilité que le but même de la loi était d'éviter.

En revanche, il ne faut pas oublier que Kelch était davantage qu'un capitaine ordinaire ou qu'un simple employé et que, pour le compte de ses employeurs, il exerçait, quant à la conduite de la flotille, des obligations et des responsabilités étendues.

Le critère établi dans l'arrêt *Lennard's Carrying*, précité, quant à l'identification de la personnalité corporative n'a pas été sans évoluer. En particulier, il n'a pas été limité aux fins plutôt mystérieuses de limiter la responsabilité des propriétaires pour les accidents maritimes. Dans l'arrêt *H.L. Bolton (Engineering) Co. Ltd. v. T.J. Graham & Sons Ltd.*¹⁷, la Cour d'appel de l'Angleterre l'a utilisé pour déterminer si une compagnie propriétaire avait l'intention requise pour occuper un immeuble en vertu de la *Landlord and Tenant Act*. Lord Denning (tel était alors son titre) s'est exprimé ainsi dans un passage souvent cité [à la page 172]:

[TRADUCTION] Ainsi le juge a conclu que la présente compagnie, par l'entremise de ses administrateurs, entendait occuper les lieux pour ses propres fins. M. Albery conteste cette conclusion et il nous a renvoyés à des décisions remontant au siècle dernier; toutefois, je dois dire que le droit sur cette question et la manière de l'aborder ont évolué considérablement depuis

¹⁷ [1957] 1 Q.B. 159 (C.A.).

likened to a human body. It has a brain and nerve centre which controls what it does. It also has hands which hold the tools and act in accordance with directions from the centre. Some of the people in the company are mere servants and agents who are nothing more than hands to do the work and cannot be said to represent the mind or will. Others are directors and managers who represent the directing mind and will of the company, and control what it does. The state of mind of these managers is the state of mind of the company and is treated by the law as such. So you will find that in cases where the law requires personal fault as a condition of liability in tort, the fault of the manager will be the personal fault of the company. That is made clear in Lord Haldane's speech in *Lennard's Carrying Co. Ltd. v. Asiatic Petroleum Co. Ltd.* So also in the criminal law, in cases where the law requires a guilty mind as a condition of a criminal offence, the guilty mind of the directors or the managers will render the company itself guilty.

Indeed the doctrine of corporate identification now serves principally in the field of criminal law. The most recent and definitive Canadian statement on the subject is the decision of the Supreme Court of Canada in *Canadian Dredge & Dock Co. et al. v. The Queen* [at pages 684-685]:¹⁸

The principle of attribution of criminal actions of agents to the employing corporate principal in order to find criminal liability in the corporation only operates where the directing mind is acting within the scope of his authority (*Beamish, supra*, at pp. 890 and 892, and *St. Lawrence, supra*, at p. 320), in the sense of acting in the course of the corporations' business (*Halsbury's* (4th ed.), vol. 14, p. 30, paragraph 34, *supra*). Scattered throughout the submissions on behalf of the four appellants, was a translation of the directing mind rule to a requirement that for its application the directing mind must, at all times, be acting in the scope of his employment. Conversely, the argument went, if the directing mind was acting totally outside the 'scope of that employment', the attribution of the acts of the directing mind to the corporate employer would not occur. The terminological problems arise from the fact that the concept of vicarious liability in the law of torts has been traditionally fenced in by the concept of the employee acting within 'the scope of his employment' and not, in the classic words, "on a frolic of his own". The identification theory, however, is not concerned with the scope of employment in the tortious sense. "Scope of employment" in the *St. Lawrence* judgment, *supra*, and the other discussions of that term in Canadian law have reference to the field of operations delegated to the directing mind. The charge by His Lordship to the jury makes this abundantly clear, as does the Court of Appeal in its analysis of this defence. The Court in *St. Lawrence, supra*, in describing the elements of the delegation theory, concluded by adding that attribution to the corporation occurred only so long as the directing will "was acting in the

cette époque. Une compagnie peut être comparée à un corps humain de plusieurs façons. Elle possède un cerveau et un centre nerveux qui contrôle ce qu'elle fait. Elle a également des mains qui tiennent les outils et agissent conformément aux directives venant de ce centre. Certaines personnes au sein de la compagnie sont de simples préposés et mandataires qui ne sont rien de plus que des mains qui accomplissent le travail et dont on ne peut pas dire qu'elles en représentent l'âme ou l'esprit. D'autres sont des administrateurs et des gérants qui représentent l'âme dirigeante de la compagnie et qui ont la haute main sur son activité. L'état d'esprit de ces gérants est celui de la compagnie et est considéré juridiquement comme tel. Ainsi, on constate que, dans les cas où la loi exige une faute personnelle comme condition de la responsabilité délictuelle, la faute du dirigeant est considérée comme la faute de la compagnie. Ce principe a été clairement énoncé par lord Haldane dans *Lennard's Carrying Co. Ltd. v. Asiatic Petroleum Co. Ltd.* Il en est de même en droit pénal: lorsque la loi exige l'intention criminelle comme condition d'un délit, l'intention criminelle des directeurs et des administrateurs rend la compagnie elle-même coupable.

En fait, la doctrine de l'identification corporative se retrouve principalement aujourd'hui dans le domaine du droit criminel. L'énoncé le plus récent et qui fait autorité à ce sujet en droit canadien est l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Canadian Dredge & Dock Co. et autres c. La Reine* [aux pages 684 et 685]¹⁸:

Le principe en vertu duquel les actes criminels des mandataires sont imputés à la compagnie mandante qui est leur employeur afin que l'on puisse conclure à la responsabilité criminelle de celle-ci ne s'applique que dans les cas où l'âme dirigeante agit dans les limites de son pouvoir (*Beamish, précité*, aux pp. 890 et 892; et *St. Lawrence, précité*, à la p. 320), en ce sens que ses actes s'inscrivent dans le cadre de l'activité de la compagnie (*Halsbury's* (4^e éd.), vol. 14, p. 30, paragraphe 34, *précité*). À plusieurs reprises dans l'argumentation présentée pour le compte des quatre appelantes, on retrouve une transformation de la règle de l'âme dirigeante en une exigence selon laquelle, pour qu'elle s'applique, l'âme dirigeante doit en tout temps agir dans le cadre de son emploi. Inversement, selon cet argument, si les actes de l'âme dirigeante dépassent complètement «le cadre de son emploi», ces actes ne sauraient être attribués à la compagnie dont elle est l'employée. Les problèmes terminologiques procèdent de ce que le concept de la responsabilité du fait d'autrui en matière délictuelle a traditionnellement connu une restriction. En effet, il faut que l'employé agisse «dans le cadre de son emploi» et non pas, pour employer l'expression bien connue, [TRADUCTION] «uniquement de son propre chef». Toutefois, la théorie de l'identification n'a rien à voir avec le cadre de l'emploi au sens délictuel. L'arrêt *St. Lawrence, précité*, et d'autres discussions de cette expression en droit canadien se réfèrent aux tâches déléguées à l'âme dirigeante. Cela ressort clairement des directives données au jury par le juge du procès et de l'analyse de ce moyen de défense faite par la Cour d'appel. Dans l'arrêt *St. Lawrence, précité*, la Cour a terminé sa description des éléments de la théorie de la

¹⁸ [1985] 1 S.C.R. 662, per Estey J.

¹⁸ [1985] 1 R.C.S. 662, le juge Estey.

scope of his employment." The expression comes from the law of tort and agency and from master and servant law. It is not apt in relation to the identification theory. It smacks of vicarious liability and it invites the defence that criminal actions must *prima facie* be beyond the scope of an employee's duty and authority. The learned trial judge, in directing the jury, expressed it more accurately: "... so long as he was acting within the scope of the area of the work assigned to him." In *Tesco, supra*, at p. 171, Lord Reid employed the phrase acting "within the scope of delegation" of the corporation's business. The essence of the test is that the identity of the directing mind and the company coincide so long as the actions of the former are performed by the manager within the sector of corporation operation assigned to him by the corporation. The sector may be functional, or geographic, or may embrace the entire undertaking of the corporation. The requirement is better stated when it is said that the act in question must be done by the directing force of the company when carrying out his assigned function in the corporation. It is no defense to the application of this doctrine that a criminal act by a corporate employee cannot be within the scope of his authority unless expressly ordered to do the act in question. Such a condition would reduce the rule to virtually nothing. Acts of the ego of a corporation taken within the assigned managerial area may give rise to corporate criminal responsibility, whether or not there be formal delegation; whether or not there be awareness of the activity in the board of directors or the officers of the company; and, as discussed below, whether or not there be express prohibition. [Underlining added.]

[at page 675]:

... the criminal conduct, including the state of mind, of employees and agents of the corporation is attributed to the corporation so as to render the corporation criminally liable so long as the employee or agent in question is of such a position in the organization and activity of the corporation that he or she represents its *de facto* directing mind, will, centre, brain area or *ego* so that the corporation is identified with the act of that individual.

[at pages 681-682]:

The transition from virtual corporate immunity from criminal liability to virtual equality with humans in like circumstances under the criminal law is traced in greater detail by Jessup J., as he then was, in *R. v. J.J. Beamish Constructions Co., supra*. Three years later Schroeder J.A., of the Court of Appeal of Ontario, in *R. v. St. Lawrence Corp., supra*, at pp. 315-21, again reviewed this transition. In the end Schroeder J.A., at p. 320, adopted the same statement of the governing

délégation par l'observation que la responsabilité de la société n'était engagée que si l'âme dirigeante [TRADUCTION] «agissait dans le cadre de son emploi». Cette expression, qui dérive du droit de la responsabilité délictuelle et du mandat et du droit régissant les rapports entre employeur et employé, ne convient pas à la théorie de l'identification. C'est en plein la responsabilité du fait d'autrui et cela invite le recours au moyen de défense selon lequel les actes criminels doivent *prima facie* sortir du cadre des fonctions et du pouvoir d'un employé. En donnant ses directives au jury, le savant juge du procès a trouvé une expression plus juste: [TRADUCTION] «... pourvu que ses actes entrent dans le cadre du domaine de ses attributions». Dans l'arrêt *Tesco*, précité, à la p. 171, lord Reid emploie l'expression [TRADUCTION] «dans le cadre d'une délégation» faite par la compagnie. Ce critère établit essentiellement qu'il y a identité de l'âme dirigeante et de la compagnie si les actes de celle-là ont été accomplis par le directeur dans son secteur de responsabilité. Ce secteur peut être fonctionnel, géographique, ou encore il peut englober l'ensemble des opérations de la compagnie. En fait, il est plus exact de dire que l'acte en question doit être accompli par l'âme dirigeante de la compagnie dans l'exercice de ses fonctions au sein de celle-ci. On ne saurait chercher à échapper à l'application de cette doctrine en alléguant qu'un acte criminel commis par un employé de la compagnie ne peut pas relever du cadre de son autorité, à moins qu'on ne lui ait expressément ordonné de commettre l'acte en question. Admettre une telle condition serait réduire presque à néant l'effet de la règle. Les actes de l'incarnation d'une compagnie dans son secteur de compétence administrative peuvent entraîner la responsabilité criminelle de cette dernière, peu importe qu'il y ait eu ou non délégation expresse; que le conseil d'administration ou les membres de la direction de la compagnie ait été ou non au courant des activités en cause; et, point qui sera analysé plus loin, qu'il y ait eu ou non interdiction expresse. [Non souligné dans le texte original.]

[à la page 675]:

... la conduite criminelle, y compris l'état d'esprit, d'employés et de mandataires de la compagnie est imputée à celle-ci de manière à entraîner sa responsabilité criminelle. Mais il faut alors que l'employé ou le mandataire en question, par le poste qu'il occupe au sein de l'organisation et dans l'activité de la compagnie, soit réellement son âme dirigeante, son centre, son cerveau et son incarnation si bien que l'acte de l'individu est assimilé à l'acte de ladite compagnie. Selon cette théorie, il n'existe aucune espèce de responsabilité du fait d'autrui ni d'autre forme de mandat; il y a plutôt une responsabilité en droit criminel qui résulte de l'identité de la personne morale et de la personne physique.

[aux pages 681 et 682]:

Dans la décision *R. v. J.J. Beamish Construction Co.*, précitée, le juge Jessup (tel était alors son titre), brosse un tableau plus détaillé de l'évolution par laquelle les compagnies ont perdu leur immunité quasi totale en droit criminel pour se trouver presque sur un pied d'égalité avec les personnes physiques dans les mêmes circonstances. Trois ans plus tard, le juge Schroeder de la Cour d'appel de l'Ontario, dans l'arrêt *R. v. St. Lawrence Corp.*, précité, aux pp. 315 à 321, a de nouveau examiné cette transition. Le juge Schroeder a fini par adopter, à la p. 320, la même formulation du principe directeur que celle

principle as Jessup J. had in *Beamish, supra*, although the earlier case is not cited:

While in cases other than criminal libel, criminal contempt of Court, public nuisance and statutory offences of strict liability criminal liability is not attached to a corporation for the criminal acts of its servants or agents upon the doctrine of respondant superior, nevertheless, if the agent falls within a category which entitles the Court to hold that he is a vital organ of the body corporate and virtually its directing mind and will in the sphere of duty and responsibility assigned to him so that his action and intent are the very action and intent of the company itself, then his conduct is sufficient to render the company indictable by reason thereof. It should be added that both on principle and authority this proposition is subject to the proviso that in performing the acts in question the agent was acting within the scope of his authority either express or implied. [Underlining added.]

[at page 693]:

The identity doctrine merges the board of directors, the managing director, the superintendent, the manager or anyone else delegated by the board of directors to whom is delegated the governing executive authority of the corporation, and the conduct of any of the merged entities is thereby attributed to the corporation. In *St. Lawrence, supra*, and other authorities, a corporation may, by this means, have more than one directing mind. This must be particularly so in a country such as Canada where corporate operations are frequently geographically widespread. The transportation companies, for example, must of necessity operate by the delegation and sub-delegation of authority from the corporate centre; by the division and subdivision of the corporate brain; and by decentralizing by delegation the guiding forces in the corporate undertaking.

Two earlier cases, also from the criminal law, are cited with approval by Estey J. in *Canadian Dredge & Dock Co.* and are of interest. The first is *R. v. St. Lawrence Corp. Ltd. (and nineteen others)*,¹⁹ where Schroeder J.A., speaking for the Ontario Court of Appeal, in a passage immediately following that quoted by Estey J., at page 682, *supra*, said [at pages 320-321]:

The history of the treatment accorded to corporations in the sphere of both civil and criminal law points to a rejection of the earlier narrow conception in favour of a very broad conception of a much wider field of potential corporate responsibility. This trend has a valid basis to support it since corporations are at once more powerful and more materially endowed and equipped than are individuals and, if allowed to roam unchecked in the field of industry and commerce, they are

adoptée par le juge Jessup dans l'affaire *Beamish*, précitée, quoique celle-ci ne soit pas mentionnée expressément:

[TRADUCTION] Bien que dans des cas autres que ceux de la diffamation criminelle, de l'outrage criminel au tribunal, de la nuisance publique et des infractions de responsabilité stricte créées par la loi, la responsabilité criminelle d'une compagnie du fait de ses employés ou de ses mandataires ne soit pas fondée sur la doctrine de *respondeat superior*, il n'en demeure pas moins que, si, en raison de la catégorie de personnes à laquelle appartient le mandataire, la cour peut conclure que, dans l'exercice de ses attributions et responsabilités, il est un organe vital de ladite compagnie et qu'il en est en réalité l'âme dirigeante, de sorte que ses actes et ses intentions deviennent les actes et les intentions de la compagnie elle-même, sa conduite suffit à ce moment-là pour justifier l'inculpation de celle-ci. Ajoutons à ce propos qu'il y a un principe bien établi selon lequel cette proposition est soumise à la condition que, dans l'accomplissement des actes en question, le mandataire n'exécède pas son pouvoir, conféré expressément ou implicitement. [Non souligné dans le texte original.]

d [à la page 693]:

La doctrine de l'identification réunit le conseil d'administration, le directeur général, le directeur, le gérant et n'importe quelle autre personne ayant reçu une délégation du conseil d'administration à qui est déléguée l'autorité directrice de la compagnie, et la conduite de l'une quelconque des entités ainsi réunies est alors imputée à ladite compagnie. Ainsi, selon l'arrêt *St. Lawrence*, précité, et d'autres décisions, une compagnie peut avoir plus d'une âme dirigeante. C'est particulièrement le cas dans un pays comme le Canada où les activités d'une compagnie s'exercent souvent sur une vaste étendue géographique. Les compagnies de transport, par exemple, doivent nécessairement fonctionner par la délégation et la sous-délégation du pouvoir central; par la division et la sous-division des centres nerveux; et par la décentralisation par délégation des organes directeurs de l'entreprise.

g Deux arrêts antérieurs, également tirés du droit criminel et que cite avec approbation le juge Estey dans *Canadian Dredge & Dock Co.*, sont dignes d'intérêt. Dans le premier, *R. v. St. Lawrence Corp. Ltd. (and nineteen others)*¹⁹, le juge Schroeder, dans un passage suivant immédiatement celui que cite le juge Estey à la page 682, ci-dessus, s'exprime ainsi au nom de la Cour d'appel de l'Ontario [aux pages 320 et 321]:

[TRADUCTION] L'histoire du traitement accordé aux compagnies, tant en droit civil qu'en droit criminel, révèle un rejet de la conception étroite du passé en faveur d'une conception très large de portée beaucoup plus grande de la responsabilité corporative potentielle. Cette tendance est légitime compte tenu du fait que les compagnies sont à la fois plus puissantes et mieux équipées que les individus. Si elles étaient libres d'agir à leur guise dans le monde de l'industrie et du commerce, elles

¹⁹ [1969] 2 O.R. 305 (C.A.).

¹⁹ [1969] 2 O.R. 305 (C.A.).

potentially more dangerous and can inflict greater harm upon the public than can their weaker competitors.

I am entirely in agreement with the learned Judge's conclusion as above-quoted in the light of the law of corporate responsibility for crime as more recently developed. It follows from the cases which I have discussed that a company can have more than one directing mind or alter ego. A company with branch offices in territories widely separated from its head office can have directing minds in those several territories. Mr. Pim, acting in the sphere of his assignment as vice-president in charge of sales of both appellants companies, was just as much their directing mind in his particular sphere as was Mr. Cooper in a wider sphere. He may have been but a satellite to a major planet, but his position in the galaxy was not an inferior one and the learned Judge was entitled to attach criminal liability to the company by reason of his acts and those of other agents of the company acting under Mr. Pim's direction and control. [Underlining added.]

The second is the even earlier decision of the Quebec Court of Appeal in *R. v. H.J. O'Connell Ltd.*²⁰ The case is only reported in summary form, the relevant portion of which reads as follows [at pages 666-667]:

On June 20, 1960, respondent entered into a contract with the Minister of Highways for the Province of Quebec for the paving of certain highways in the district of Labelle. The contract provided for payment on the basis of certain unit prices, the estimated total cost being \$311,567. When the contract was signed, the work was actually under way, having been started in the middle of May, 1960. It was carried under the direction of the co-accused, one Barthe, who was the foreman in charge of the work. The trial judge found that Barthe conspired with another co-accused, one Gouin, a subordinate employee, and others to establish a system which resulted in the Crown making payment for loads of asphalt that were in fact never delivered. This was done by means of fictitious delivery receipts which were inserted into batches of the genuine receipts properly forming the basis of payments made from time to time to respondent. The trial judge found that Barthe had conspired with Gouin and also with other employees of respondent and of the Highway Department. He nevertheless acquitted respondent on the ground that it was not criminally responsible for the acts of the guilty employees. His view of the law relating to the criminal responsibility of a corporation is summarized by him in the following terms:

[TRANSLATION] *It is evident that the court must be convinced that the senior executives, i.e. the president, vice-president, etc. and especially the board of directors, without having committed the offence personally, must have been aware of the actions of their servants and agents.*

To summarize the case law, a company has the mens rea required to be found guilty of a criminal offence if it was

seraient potentiellement plus dangereuses et risqueraient d'infliger au public de plus graves préjudices que leurs compétiteurs démunis.

Je partage entièrement les conclusions précitées du savant juge à la lumière de cette évolution récente du droit de la responsabilité corporative en matière criminelle. Il ressort des décisions examinées qu'une compagnie peut avoir plus d'une âme dirigeante ou alter ego. Ainsi, une compagnie ayant des divisions dans des territoires éloignés de son siège social peut avoir des âmes dirigeantes dans ces différents territoires. M. Pim, qui agissait dans le cadre de ses attributions de vice-président en charge des ventes des deux compagnies appelantes, en était autant l'âme dirigeante dans son domaine particulier que l'était M. Cooper dans un domaine plus large. Il n'était peut-être qu'un petit satellite d'une grande planète, mais au sein de la galaxie sa position n'avait rien d'inférieur et le savant juge était en droit de tenir la compagnie criminellement responsable de ses actes et de ceux d'autres mandataires de la compagnie qui agissaient sous la direction et le contrôle de M. Pim. [Non souligné dans le texte original.]

Le second arrêt est la décision encore plus ancienne de la Cour d'appel du Québec *R. v. H.J. O'Connell Ltd.*²⁰. Cet arrêt n'est publié que sous la forme d'un sommaire dont voici la partie pertinente [aux pages 666 et 667]:

[TRADUCTION] Le 20 juin 1960, l'intimée a conclu avec le ministre de la Voirie de la province de Québec un contrat pour le pavage de certaines routes dans le district de Labelle. Le contrat prévoyait que le paiement se ferait en fonction d'un certain prix à l'unité, le coût total prévu étant de 311 567 \$. Au moment de la signature du contrat, le travail était déjà en cours puisqu'il avait commencé au milieu du mois de mai 1960. Il a été exécuté sous la direction du coaccusé, un dénommé Barthe, le contremaître responsable du chantier. Le juge de première instance a conclu que Barthe avait comploté avec un autre coaccusé, un dénommé Gouin, qui était son subordonné, et avec d'autres personnes pour établir un système grâce auquel la Couronne a effectué des paiements pour de l'asphalte qui n'a jamais été livré: des reçus de livraison fictifs étaient insérés dans des liasses de vrais reçus servant à l'établissement des paiements périodiques versés à l'intimée. Le juge de première instance a estimé que Barthe avait comploté avec Gouin ainsi qu'avec d'autres employés de l'intimée et du ministère de la Voirie. Il a néanmoins acquitté l'intimée au motif qu'elle n'était pas criminellement responsable des actes commis par les employés coupables. Le juge résume ainsi son interprétation des règles de droit relatives à la responsabilité criminelle d'une compagnie:

Il est évident que le tribunal doit être convaincu que les officiers supérieurs, c'est-à-dire les président, vice-président, etc., et surtout le bureau d'administration, sans avoir commis l'offense personnellement, devaient nécessairement être au courant des faits et gestes de leurs préposés ou agents.

Pour résumer la jurisprudence, une compagnie a le mens rea nécessaire pour être trouvée coupable d'une offense crimi-

²⁰ [1962] B.R. 666 (Que. C.A.).

²⁰ [1962] B.R. 666 (C.A. Qué.).

committed by one of its officers or the board of directors, i.e. those who are responsible for the control of the company's operations, but it cannot be held liable for the actions of a subordinate employee who was only a local agent. In other words, a concurrence of wills in the minds of the officers must be clearly established between them and their agent in charge for the company to be found as guilty as the agent would be.

The Crown's principal ground of appeal is that the trial judge misdirected himself on this question of the criminal liability of a corporation for the acts of its agents. Respondent made a motion for the dismissal of the appeal. It argued that the Crown's appeal was not one on a question of law. The Court of Appeal is of opinion that the judgment is based upon the trial judge's appreciation of the law as above set forth. If this is incorrect, the judgment is wrong in law, and the Court may intervene. Respondent's motion is therefore dismissed.

While the Criminal Code makes it clear that corporations may be guilty of crimes, there is nothing in it that sheds any light on the specific problem now before the Court. A corporation may at least under certain circumstances be liable for the acts of agents other than its president, vice-president or general manager. In this instance, there is evidence to the effect that Barthe had complete control over the operations of respondent in so far as they related to that particular contract and to other operations in the same district. He could refer problems to respondent's head office but was apparently not expected to do so. His responsibility extended to the point that he had discretion to carry out minor contracts which could conveniently be executed in conjunction with the main contract and was not held to any precise accounting for monies received by him under these contracts. Under the circumstances, the Court of Appeal declares that it does not know what the trial judge's decision would have been had he not considered, in the Court's opinion incorrectly, that respondent could not be criminally liable for the acts of an agent who was not a senior executive unless such acts were known to its directors. [Underlining added; footnote omitted.]

From this jurisprudence it seems to me that we can derive principles which are of importance to the solution of the present problem:

1. The question of who is a corporation's alter ego or directing mind and will is essentially one of fact, depending on the circumstances of each particular case and the way in which the corporation in question, in fact, manages its affairs.

2. A corporation may have more than one "directing mind and will" and different persons may constitute the alter ego of the corporation for

nelle si [sic] l'offense a été commise par un de ses officiers ou le bureau de direction qui ont la responsabilité de diriger les activités de la compagnie, mais elle ne peut pas être tenue responsable de l'acte d'un employé subordonné qui n'était qu'un agent local. Autrement dit, il faut qu'un concours de volontés dans l'esprit des administrateurs soit clairement établi entre eux et leur agent en autorité pour trouver la compagnie coupable de la même façon que l'agent serait lui-même trouvé coupable.

Comme principal motif d'appel, la Couronne allègue que le juge du procès a mal interprété cette question de la responsabilité criminelle d'une compagnie pour les actes de ses mandataires. Par requête, l'intimée demande le rejet de l'appel en faisant valoir que l'appel de la Couronne n'était pas fondé sur une question de droit. Or, la Cour d'appel est d'avis que le jugement repose sur l'appréciation de la règle de droit telle qu'elle ressort du passage cité précédemment. Si cette appréciation est incorrecte, le jugement est erroné en droit et la Cour peut intervenir. La requête de l'intimée est en conséquence rejetée.

Le Code criminel établit clairement que les compagnies peuvent être coupables de crimes, mais il ne contient aucune disposition qui puisse nous éclairer sur le problème particulier dont la Cour est maintenant saisie. Une compagnie peut, du moins dans certaines circonstances, être tenue responsable des actes de mandataires autres que son président, vice-président ou directeur général. En l'espèce, il ressort de la preuve que Barthe avait le plein contrôle des activités de la compagnie dans la mesure où elles étaient reliées à ce contrat particulier ainsi qu'à d'autres activités se déroulant dans le même district. S'il rencontrait des difficultés, il pouvait en référer au siège social de l'intimée, mais apparemment on ne s'attendait pas à ce qu'il le fasse. Ses responsabilités lui permettraient même d'exécuter à sa discrétion des contrats mineurs susceptibles d'être facilement réalisés en même temps que le contrat principal. Il n'avait d'ailleurs aucun compte à rendre sur les sommes qu'il pouvait dans ces cas percevoir. Dans les circonstances, la Cour d'appel affirme ignorer quelle aurait été la décision du juge de première instance s'il n'avait pas considéré, incorrectement de l'avis de la Cour, que l'intimée ne pouvait être tenue criminellement responsable des actes d'un mandataire qui n'était pas un haut dirigeant, à moins que ces actes aient été commis au su de ses administrateurs. [Non souligné dans le texte original, renvois omis.]

À partir de cette jurisprudence, il me semble que nous pouvons dégager des principes pertinents pour la solution du présent problème:

1. La question de savoir qui est l'âme dirigeante ou l'alter ego d'une compagnie est essentiellement une question de fait, variant selon les circonstances de chaque espèce et la façon dont la compagnie gère concrètement ses activités.

2. Une compagnie peut avoir plus d'une «âme dirigeante» et différentes personnes peuvent incarner l'alter ego de la compagnie pour des fins

specific purposes and within specific fields of activity.

3. An individual may, by reason of geographical isolation or other circumstances, be considered to be the corporation's alter ego for certain purposes even though that individual may not, in formal terms and by title, occupy a position at the top of the corporate hierarchy.

Bearing these principles in mind, let us look again at the position of Captain Kelch.

There is no doubt that Kelch was, in fact, the towmaster of the flotilla and vested with authority to give commands to all the captains of the fleet, of which he was *de facto* commodore.

A. Captain Kelch was the tow master, designated by the owners of the tug and the barge which puts him in command of the whole tow no matter how many tugs we would add or subtract. Captain Kelch was the tow master.

(Captain R. B. Lyons, Commission evidence, at page 14).

Q. Alright . . . Can you describe to us, generally speaking, what the duties are of a Tow Master such as yourself . . . obviously, you are the man in charge, like you take all the decisions?

A. Oh, yes.

Q. Do you tell each tug where to position itself?

A. Yes, I do.

Q. Do you give specific engine orders to each tug?

A. Yes, I do.

Q. You tell them to go ahead half power, full power and that?

A. Yes, I do.

Q. To pull or push in a certain direction?

A. Yes, I do.

(Paul A. Kelch, Examination for discovery, Common appendix, volume 3, at page 465).

Q. Were you in a position to give orders to the captains of the other tugs?

A. Oh, yes, absolutely.

(Paul A. Kelch, Commission evidence, Appeal Book, appendix 1, volume 3, at page 419).

spécifiques et dans le cadre particulier de certaines activités.

3. Un individu peut, en raison de l'isolement géographique ou d'autres circonstances, être considéré comme l'alter ego de la compagnie pour certaines fins, même s'il n'occupe pas officiellement une position au sommet de la hiérarchie.

À la lumière de ces principes, examinons à nouveau la position du capitaine Kelch.

Il n'y a aucun doute que Kelch était, dans les faits, le maître du remorquage et de la flotille, et qu'il était investi du pouvoir de donner des ordres à tous les capitaines de la flotte dont il était le commandant de facto.

[TRADUCTION]

R. Le capitaine Kelch était le maître du remorquage désigné par les propriétaires du remorqueur et de la barge, ce qui en faisait le commandant de toute la flotille, quel que soit le nombre de remorqueurs ajoutés ou retirés. Le capitaine Kelch était le maître du remorquage.

(Capitaine R. B. Lyons, commission rogatoire, à la page 14).

[TRADUCTION]

Q. Très bien . . . Pouvez-vous nous dire, de façon générale, quelles sont les fonctions d'un maître de remorquage tel que vous . . . manifestement, vous êtes le responsable, celui qui prend toutes les décisions?

R. Oh, oui.

Q. Est-ce vous qui dites à chaque remorqueur quelle position il doit prendre?

R. Oui.

Q. Donnez-vous des ordres de marche spécifiques à chaque remorqueur?

R. Oui.

Q. Vous leur dites d'aller à demi-régime, à plein régime, ce genre de choses?

R. Oui.

Q. De tirer ou de pousser dans une certaine direction?

R. Oui.

(Paul A. Kelch, interrogatoire préalable, annexe conjointe, volume 3, à la page 465).

[TRADUCTION]

Q. Étiez-vous en position de donner des ordres aux capitaines des autres remorqueurs?

R. Oh oui, absolument.

(Paul A. Kelch, commission rogatoire, dossier d'appel, annexe 1, volume 3, à la page 419).

Even more significant, although rather surprising, is the fact, which appears abundantly from the evidence, that Kelch's appointment to command the flotilla (as opposed to his command of the tug *Ohio*) was not made by or with the knowledge of anyone senior to him in the organization of Great Lakes Towing Company:

Q. ... did you have any communications with Captain Kelch before the beginning of that tow?

A. I just sent him to do the job, that was his job. He did all the outside towing for our company, at that time—on the "Ohio". He was strictly on the "Ohio".

(Paul A. Lloyd, Evidence, hearing September 15, 1987, transcript at page 44.)

Q. Let me ask you this, on the Lakes, when a tow is undertaken with more than one tug, you have a lead tug—which I understand is usually the largest size, and you have smaller tugs. Who onboard these tugs acts, normally, as the towmaster?

A. They work together.

Q. Is there not, necessarily, one towmaster?

A. No, not as far as we're concerned. They work together.

(Paul A. Lloyd, Evidence, hearing September 15, 1987, transcript at page 45.)

Q. It is your evidence, then, that in situations where tows are undertaken by Great Lakes Towing, using more than one tug, the company doesn't insure that there is one person in charge of the operation?

A. That's absolutely right, it does not.

(Paul A. Lloyd, Evidence, hearing September 15, 1987, transcript at pages 45 and 46.)

Q. Do I understand you correctly then, Captain Lloyd, that until the time of the accident, if you will, in Montreal, that the management of Great Lakes Towing did not know who was in charge of that operation?

A. That is absolutely right.

(Paul A. Lloyd, Evidence, hearing September 15, 1987, transcript at page 47.)

In other parts of the evidence, Kelch is described as being part of management, as being a salaried (as opposed to hourly-paid) employee, as the fleet captain, the "trouble shooter" and the person responsible for breaking in new captains.

Encore plus significatif, bien que surprenant, est le fait, abondamment révélé par la preuve, que la nomination de Kelch aux commandes de la flotille (par opposition à son commandement du remorqueur *Ohio*) n'émanait pas ni n'avait été faite à la connaissance d'une personne occupant un rang supérieur au sein de l'organisation de Great Lakes Towing Company:

[TRADUCTION]

Q. ... avez-vous communiqué avec le capitaine Kelch avant le début du remorquage?

R. Je l'ai seulement envoyé faire le travail, son travail. C'était son travail. C'est lui qui faisait tous les remorquages à l'extérieur pour notre compagnie à cette époque—sur l'«Ohio». Il était strictement sur l'«Ohio».

(Paul A. Lloyd, preuve, audience du 15 septembre 1987, page 44 de la transcription.)

[TRADUCTION]

Q. Permettez-moi de vous demander ceci: sur les Grands Lacs, lorsque vous faites un remorquage avec la participation de plus d'un remorqueur, vous avez un remorqueur de tête—qui est habituellement le plus gros si je ne m'abuse—et vous avez des remorqueurs plus petits. Qui à bord de ces remorqueurs agit normalement comme maître du remorquage?

R. Ils travaillent ensemble.

Q. N'y a-t-il pas nécessairement un maître du remorquage?

R. Non, pas que je sache. Ils travaillent ensemble.

(Paul A. Lloyd, preuve, audience du 15 septembre 1987, page 45 de la transcription.)

[TRADUCTION]

Q. Votre témoignage est-il alors que dans les cas où Great Lakes Towing entreprend un remorquage requérant l'utilisation de plus d'un remorqueur, la compagnie ne s'assure pas qu'il y ait une personne responsable de l'opération?

R. Vous avez tout à fait raison. Non, elle ne le fait pas.

(Paul A. Lloyd, preuve, audience du 15 septembre 1987, pages 45 et 46 de la transcription.)

[TRADUCTION]

Q. Si j'ai bien compris, capitaine Lloyd, vous dites que jusqu'au moment de l'accident à Montréal, si vous voulez, la direction de Great Lakes Towing ne savait pas qui était en charge de l'opération?

R. C'est rigoureusement exact.

(Paul A. Lloyd, preuve, audience du 15 septembre 1987, page 47 de la transcription.)

Ailleurs dans la preuve, Kelch est décrit comme faisant partie de la direction de la compagnie, employé salarié (par opposition à employé payé à l'heure), capitaine de la flotte, expert en dépannage et responsable de l'entraînement des nouveaux capitaines.

Kelch himself describes another part of his responsibilities in the following terms:

A. ...

Another job is taking care of the ship's papers, making sure everything is taken care of, telephone licenses, all the documents on all the tugs. I tried to have them all dated the same date at the same time.

Q. For all the tugs in the fleet?

A. Yes, for all of them.

At one time I had my name on every one of the ship's papers in the fleet.

(Paul A. Kelch, Commission evidence, Appeal Book, appendix I, volume 3, at pages 438 and 439.)

Since Great Lakes Towing Company's fleet of tugs consisted of a total of forty-four ships in 1980, the extent of his responsibilities was considerable indeed.

Bearing in mind the heavy burden which lies on a shipowner who invokes the statutory limitation, it is my view that these circumstances taken together were enough to permit the Trial Judge to find as a fact that Captain Kelch constituted a directing mind and will of Great Lakes Towing Company, at least for the purposes of carrying out the company's obligations in relation to towing the *Widener* to the Port of Montréal. As a Court of Appeal, we should only interfere with such a finding if we are satisfied that the Trial Judge misapprehended the law or made a manifest error in his factual determinations. While the case is, in my view, at the outer margins of the application of the doctrine of corporate identification, I have not been persuaded that there has been any error of principle or palpable misunderstanding of the facts. Accordingly and notwithstanding that I have earlier indicated that, in my opinion, the Trial Judge erred in law in his findings with respect to Captains Lloyd and White, his finding with respect to Captain Kelch is enough to support his dismissal of the claim by Great Lakes Towing Company to limit liability pursuant to section 575 of the *Canada Shipping Act*.

Kelch décrit lui-même ainsi un autre aspect de ses responsabilités:

[TRANSDUCTION]

R. ...

^a Un autre travail consiste à s'occuper des documents du navire, à s'assurer qu'on a veillé à tout, les permis pour le téléphone, tous les documents de tous les remorqueurs. J'ai essayé de les faire dater du même jour au même moment.

^b Q. Pour tous les remorqueurs de la flotte?

R. Oui, tous.

À un certain moment, j'avais mon nom sur chacun des documents des navires de la flotte.

^c (Paul A. Kelch, commission rogatoire, dossier d'appel, annexe I, volume 3, aux pages 438 et 439.)

^d La flotte de remorqueurs de Great Lakes Towing Company comportant en 1980 un total de quarante-quatre navires, l'étendue des responsabilités du capitaine Kelch était effectivement considérable.

^e Compte tenu du lourd fardeau qui incombe au propriétaire de navire invoquant la limitation de responsabilité prévue par la loi, je suis d'avis que l'ensemble de ces circonstances permettait au juge de première instance de conclure que le capitaine Kelch constituait de fait une âme dirigeante de ^f Great Lakes Towing Company, du moins aux fins d'exécuter les obligations de la compagnie relativement au remorquage du *Widener* jusqu'au port de Montréal. En tant que tribunal d'appel, nous ne devons intervenir dans une telle conclusion que si ^g nous sommes convaincus que le juge de première instance a mal interprété le droit ou a commis une erreur manifeste dans ses constatations de fait. Or, bien que le présent cas, à mon avis, se situe à la limite extrême de l'application de la doctrine de ^h l'identification corporative, on ne m'a pas convaincu qu'il y a eu erreur de principe ou incompréhension manifeste des faits. En conséquence et même si j'ai auparavant indiqué que le juge de ⁱ première instance avait, à mon sens, commis une erreur de droit dans ses conclusions à l'égard des capitaines Lloyd et White, la conclusion qu'il tire à l'endroit du capitaine Kelch suffit à justifier son ^j rejet de la limitation de responsabilité revendiquée par Great Lakes Towing Company en vertu de l'article 575 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*.

C. Liability arising from damage caused to the
Widener

1. Contributory negligence

It will be recalled that, in the action brought by the owners of the *Rhône* (Court file No. T-5225-80, Appeal No. A-409-88), the Trial Judge apportioned liability as between the owners of the *Ohio* and the owners of the *Widener* eighty per cent—twenty per cent. In the action brought by the owners of the *Widener* (Court file No. T-1066-81, Appeal No. A-408-88), the Trial Judge, however, allowed the claim for the entire amount of the agreed damages. The appellants argue that this is inconsistent. Their entire submission on the point is contained in the following paragraph of their factum:

Firstly, we wish to submit that the trial judge was manifestly wrong in condemning G.L.T. to pay 100% of North Central's damages. In effect, Denault J. in dealing with G.L.T.'s liability vis-à-vis the *Rhône*, decided that G.L.T. was 80% at fault for the collision. On the other hand, the trial judge also decided that North Central was 20% at fault for the collision (page 28 of the judgment, A.B., Vol 4, 751). Bearing this in mind, how can the trial judge then condemn G.L.T. to pay 100% of North Central's damages. We submit that the trial judge, in order to be logical, should have condemned G.L.T. to pay 80% of the damages claimed by North Central. We see no purpose in discussing this point further as it seems to us that it is quite obvious that the trial judge is wrong.

This is not helpful.

Appellants' counsel appears to be unaware of, or at the very least to overlook, the entire vexed question of the role of contributory negligence in contractual claims²¹ and the state of Canadian maritime law (which, of course, is not touched by provincial negligence statutes) on this subject.

Furthermore, the appellants' suggestion that the Trial Judge has not been "logical" is far from being as self-evident as counsel seems to think. That two tortfeasors should have breached in different degrees their duty of care towards an innocent third party does not necessarily and inevitably exclude the possibility of a contract between them

²¹ Conveniently and concisely summarized in Waddams, S. M., *The Law of Contracts*, 2nd ed. Toronto: Canada Law Book Ltd., 1984, at pp. 581-583.

C. Responsabilité résultant du dommage causé au
Widener

1. Négligence concourante

^a Rappelons que, dans l'action intentée par les propriétaires du *Rhône* (N° T-5225-80, appel n° A-409-88), le juge de première instance a partagé la responsabilité entre les propriétaires du *Rhône* et ceux du *Widener* à quatre-vingt pour cent contre vingt pour cent. Cependant, dans l'action intentée par les propriétaires du *Widener* (n° T-1066-81, appel n° A-408-88), il a accordé le plein montant non contesté des dommages. Les appellants soutiennent que cette position est incohérente. Leur argumentation à ce sujet est entièrement contenue dans le paragraphe suivant de leur mémoire:

[TRADUCTION] En premier lieu, nous soumettons que le juge de première instance était manifestement dans l'erreur en condamnant G.L.T. à payer 100 % des dommages subis par North Central. En effet, lorsqu'il a statué sur la responsabilité de G.L.T. à l'égard du *Rhône*, le juge Denault a décidé que la part de la faute de cette compagnie dans la collision s'établissait à 80 %. Par ailleurs, il a également décidé que 20 % de la responsabilité incombait à North Central (page 28 du jugement, A.B., vol 4, 751). Cela étant, comment le juge de première instance pouvait-il alors condamner G.L.T. à payer 100 % des dommages de North Central? Nous prétendons que le juge de première instance aurait dû, pour être logique, condamner G.L.T. à payer 80 % des dommages réclamés par North Central. Nous ne croyons pas utile d'insister sur ce point puisqu'il nous semble très évident que le juge de première instance a commis une erreur.

Cette argumentation ne nous éclaire pas.

^g L'avocat des appelants paraît ignorer, ou à tout le moins oublier, toute la question controversée du rôle de la faute partagée dans les demandes de nature contractuelle²¹ ainsi que l'état du droit maritime canadien (lequel échappe naturellement à la législation provinciale en matière de négligence) sur ce sujet.

ⁱ De plus, l'argument des appelantes selon lequel le juge de première instance n'a pas été «logique» est loin d'être aussi évident que semble le penser leur avocat. Le fait que les coauteurs de la faute aient violé à des degrés différents leur devoir de prudence envers une tierce partie innocente n'exclut pas nécessairement et inévitablement la possi-

²¹ Pour un résumé commode et concis, voir Waddams, S. M., *The Law of Contracts*, 2^e éd. Toronto: Canada Law Book Ltd., 1984, aux p. 581 à 583.

resulting in one of them being required wholly to indemnify the other.²²

While the foregoing observations are not, of course, in themselves enough to justify the dismissal of appellants' argument on the point, they serve to show that such argument is, in fact, an afterthought asserted for the first time on appeal. A reference to the pleadings in the Trial Division makes this abundantly clear: in the amended statement of defence and counterclaim in action file No. T-1066-81, the sum total of what appellants had to say on the question of negligence is contained in the following paragraphs:

10. The collision which occurred between the M.V. "RHÔNE" and the "PETER A.B. WIDENER" was due to the negligence, imprudence, fault and want of skill on the part of those in charge of the tugs "RIVAL" and "SAULT STE. MARIE II";

11. The said collision did not result in any way from the negligence, imprudence, fault and want of skill on the part of those in charge of the tugs "OHIO" and "SOUTH CAROLINA";

12. All the manoeuvres carried out by the tugs "OHIO" and "SOUTH CAROLINA" prior to the collision were reasonable and prudent under the circumstances existing at such time.

(Appeal Book, at page 8.)

There is no assertion whatever of any alleged negligence on the part of the *Widener*.

The claim of the owners of the *Widener* in action no. T-1066-81 sounded in contract and was maintained by the Trial Judge on that basis. Contributory negligence was not pleaded in defence and accordingly was not considered. Contributory negligence as a defence to claims in contract not only raises difficult questions of law but also requires specific and detailed findings of fact, notably on the question of causation. Those questions were not before the Trial Judge and were not considered by him in action no. T-1066-81. The fact that the negligence of the *Widener* was pleaded in the tort action brought by the *Rhône* against all the members of the flotilla (Court file No. T-5225-80) does not allow Great Lakes Towing

²² Insurance is an obvious example, but there are others such as the provision found in many collective agreements where the employer agrees to indemnify employees against third party claims for which the employer may itself be independently liable.

bilité qu'en raison d'un contrat, l'un des coauteurs soit tenu d'indemniser l'autre pour le tout²².

Quoique les remarques qui précèdent ne justifient évidemment pas le rejet de l'argument des appelants sur ce point, elles montrent que cet argument n'est, en fait, qu'une idée après coup invoquée pour la première fois en appel. On le constate d'emblée en se référant aux actes de procédures produits en Section de première instance: dans la défense et demande reconventionnelle modifiée déposée dans l'action portant le n° T-1066-81, tout ce que les appelants avaient à dire sur la question de la négligence est contenu dans les paragraphes suivants:

[TRADUCTION] 10. La collision survenue entre le navire «RHÔNE» et le «PETER A.B. WIDENER» a été causée par la négligence, l'imprudence, la faute et l'inhabileté de la part de ceux qui étaient en charge des remorqueurs «RIVAL» et «SAULT STE. MARIE II»;

11. Ladite collision ne résulte d'aucune façon de la négligence, imprudence, faute ou inhabileté de la part de ceux qui étaient en charge des remorqueurs «OHIO» et «SOUTH CAROLINA»;

12. Toutes les manoeuvres exécutées par les remorqueurs «OHIO» et «SOUTH CAROLINA» avant la collision étaient raisonnables et prudentes dans les circonstances du moment.

(Dossier d'appel, à la page 8.)

Or, on n'y retrouve aucune allégation quelle qu'elle soit de négligence de la part du *Widener*.

La demande des propriétaires du *Widener* dans l'action n° T-1066-81 était fondée sur un contrat et c'est sur cette base que le juge de première instance l'a accueillie. La négligence concourante n'a pas été plaidée en défense et n'a donc pas été examinée. En tant que défense à une demande de nature contractuelle, ce moyen ne soulève pas seulement de difficiles questions de droit mais exige des conclusions de fait précises et détaillées, en particulier sur la question de la causalité. Or, le juge de première instance n'était pas saisi de ces questions et n'a donc pas pu les prendre en considération dans l'action n° T-1066-81. Le fait que la négligence du *Widener* a été plaidée en défense à l'action délictuelle qu'a intentée le *Rhône* contre

²² L'assurance en est un exemple patent mais il y en a d'autres, telle la disposition contenue dans nombre de conventions collectives et en vertu de laquelle l'employeur convient d'indemniser les employés contre les demandes, émanant de tierces parties, pour lesquelles il pourrait lui-même être tenu indépendamment responsable.

Company to import those pleadings into the contract claim. It would be wrong and unjust to give effect to appellants' attempt to raise these issues now, for the first time, in appeal.

2. Limitation of liability

Great Lakes Towing's principal defence to the contract claim asserted by the *Widener* was that a limitation of liability clause contained in its published tariff of rates formed part of the contract between the parties and should therefore be given effect to. Since the hiring of Great Lakes Towing was effected orally by telephone, the question as to what was or was not included in the agreement became one of fact. Likewise, since it was Great Lakes Towing that contended for a term of such contract limiting its liability for breach, the burden of proving such term fell upon it.²³

The Trial Judge dealt with the question concisely and clearly [at page 114]:

For the plaintiff to be bound by this tariff, and in particular by the clause limiting its liability, the defendant must show that it received a copy of the tariff. Not only was there no such evidence, the evidence actually tended to show that in the telephone agreement a daily tariff was agreed on and that the plaintiff was not informed of any provision of this tariff, still less of the clause limiting liability.

In my view, this passage correctly states the law and makes a finding of fact which was clearly available on the evidence. We should not interfere.

CONCLUSIONS AND DISPOSITION

For all the foregoing reasons:

In Court file no. A-408-88 (T-1066-81) I would dismiss the appeal with costs;

In Court file no. A-409-88 (T-5225-80), I would allow the appeal solely for the purpose of striking from the trial judgment the condemnation against the tug *South Carolina*. In all other respects, I would dismiss the appeal. Since the appellants' success is limited to one very minor aspect of the

²³ See *McCutcheon v. MacBrayne (David), Ltd.*, [1964] 1 All E.R. 430 (H.L.).

tous les membres de la flotille (n° de greffe T-5225-80) n'autorise pas Great Lakes Towing Company à importer ce moyen dans l'action contractuelle. Aussi serait-il erroné et injuste de faire droit à la tentative des appelants de soulever maintenant ces questions pour la première fois en appel.

2. La limitation de la responsabilité

En défense à l'action contractuelle du *Widener*, Great Lakes Towing a principalement fait valoir que la clause limitative de responsabilité stipulée dans le tarif publié de ses taux faisait partie du contrat conclu entre les parties et qu'on devait donc y donner effet. Les services de Great Lakes Towing ayant été retenus par téléphone, la question de savoir quelles clauses ont ou n'ont pas été incluses dans l'entente devient une question de fait. De même, étant donné que c'est Great Lakes Towing qui allègue l'existence d'une telle clause limitative de responsabilité en cas d'inexécution, c'est à elle qu'incombe le fardeau d'en faire la preuve²³.

Le juge de première instance a traité de la question en termes clairs et concis [à la page 114]:

Pour que la demanderesse soit liée par ce tarif et en particulier par la clause limitative de sa responsabilité, la défenderesse doit prouver qu'on lui en a livré un exemplaire. Non seulement cette preuve n'a-t-elle pas été faite, mais la preuve tend plutôt à démontrer que lors de l'entente par téléphone, on a convenu d'un tarif quotidien et on n'a pas porté à l'attention de la demanderesse quelque disposition que ce soit de ce tarif et encore moins cette clause limitative de responsabilité.

À mon avis, ce passage énonce correctement le droit et comporte une conclusion de fait qui ressort clairement de la preuve. Il n'y a donc pas lieu d'intervenir.

CONCLUSIONS ET DISPOSITIF

Pour les motifs qui précèdent:

Dans l'action n° A-408-88 (T-1066-81), je rejetterais l'appel avec dépens;

Dans l'action n° A-409-88 (T-5225-80), j'accueillerais l'appel uniquement à l'égard de la condamnation prononcée à l'encontre du remorqueur *South Carolina* afin de la radier du jugement de première instance. À tous autres égards, je rejetterais l'appel. Le succès des appelants étant limité

²³ Voir *McCutcheon v. MacBrayne (David), Ltd.*, [1964] 1 All E.R. 430 (H.L.).

case, which is in the circumstances wholly without practical consequence, I would give the respondents their costs of the appeal. I would dismiss the cross-appeal by the owners of the *Widener* with costs in favour of those respondents only who were plaintiffs in the Court below.

PRATTE J.A.: I agree.

DESJARDINS J.A.: I concur.

à un aspect de la cause très mineur et, dans les circonstances, sans aucune incidence pratique, j'adjugerais aux intimés les frais de l'appel. Je rejetterais l'appel incident formé par les propriétaires du *Widener*, avec dépens en faveur seulement des intimés qui étaient parties demandereses en première instance.

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

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

A-1185-84

A-1185-84

Her Majesty the Queen (*Appellant*)

v.

Justin A. Cork (*Respondent*)

INDEXED AS: CANADA v. CORK (C.A.)

Court of Appeal, Heald, Marceau and Stone
J.J.A.—Toronto, May 8; Ottawa, May 16, 1990.

Income tax — Income calculation — Deductions — Whether rent, insurance and automobile expenses deductible under s. 18(1)(a),(h) of Act, by self-employed mechanical design draftsman using room in home as office and travelling to and from different work sites — Whether office or work sites locus in quo of exercise of trade — Whether travel from home to work sites and return travel qua home or qua place of work — Trial Judge not erring in finding respondent using home as basis of business operations — Evidence establishing need for office — Travelling expenses incurred while away from home carrying on business — Travel from house and back was qua work and not qua home — Trial Judge not erring in finding rent and insurance expenses deductible.

Sa Majesté la Reine (*appelante*)

c.

a

Justin A. Cork (*intimé*)

RÉPERTORIÉ: CANADA c. CORK (C.A.)

Cour d'appel, juges Heald, Marceau et Stone,
b J.C.A.—Toronto, 8 mai; Ottawa, 16 mai 1990.

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Déductions — Un dessinateur industriel indépendant utilisant une chambre de sa maison comme bureau et voyageant pour se rendre à différents lieux de travail et retourner chez lui peut-il, en vertu de l'art. 18(1)a),h) de la Loi, déduire le loyer, les primes d'assurance et les frais d'automobile qu'il a payés? — Le bureau ou les lieux de travail sont-il le locus in quo pour l'exercice des activités commerciales? — Le déplacement entre domicile et lieu de travail et le retour constituent-ils un déplacement au titre du chez soi ou au titre du lieu de travail? — C'est à juste titre que le juge de première instance a conclu que l'intimé avait utilisé sa maison comme base de ses activités — La preuve établit la nécessité d'un bureau — L'intimé a engagé les frais de déplacement alors qu'il était absent de chez lui, dans le cadre de l'exploitation de son entreprise — Le déplacement en provenance et à destination de chez soi était effectué au titre du lieu de travail et non au titre du chez soi — Le juge de première instance a eu raison de conclure à la déductibilité du loyer et des dépenses en assurance.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY
CONSIDERED

Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, s. 12(1)(a),(h).
Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 18(1)(a),(h).
Income Tax Act, 1952, 15 & 16 Geo. 6, c. 10 (U.K.), s. 137(a).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Horton v Young (Inspector of Taxes), [1971] 3 All ER 412 (C.A.).

DISTINGUISHED:

Cumming, Ronald K. v. Minister of National Revenue, [1968] 1 Ex.C.R. 425; (1967), C.T.C. 462; (1967), 67 DTC 5312.

REFERRED TO:

The Queen v. Cork (J), [1984] CTC 479; (1984), 84 DTC 6515 (F.C.T.D.); *Newsom v. Robertson (Inspector of Taxes)*, [1952] 2 All E.R. 728 (C.A.); *Lessard v. Paquin et al.*, [1975] 1 S.C.R. 665; (1974), 56 D.L.R. (3d) 726; 10 N.R. 620; *The Queen v Gurd's Products Co*

LOIS ET RÈGLEMENTS

f

Income Tax Act, 1952, 15 & 16 Geo. 6, chap. 10 (R.-U.), art. 137a).
Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 18(1)a),h).
Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, chap. 148, art. 12(1)a),h).

g

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Horton v Young (Inspector of Taxes), [1971] 3 All ER 412 (C.A.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Cumming, Ronald K. v. Minister of National Revenue, [1968] 1 R.C.É 425; (1967), C.T.C. 462; (1967), 67 DTC 5312.

DÉCISIONS CITÉES:

The Queen v. Cork (J), [1984] CTC 479; (1984), 84 DTC 6515 (C.F. 1^{re} inst.); *Newsom v. Robertson (Inspector of Taxes)*, [1952] 2 All E.R. 728 (C.A.); *Lessard c. Paquin et autres*, [1975] 1 R.C.S. 655; (1974), 56 D.L.R. (3d) 726; 10 N.R. 620; *La Reine c Gurd's Products Co*

Ltd., [1985] 2 CTC 85; (1985), 85 DTC 5314; 60 N.R. 184 (F.C.A.).

COUNSEL:

R. E. Taylor and *M. Judith Sheppard* for appellant.
Brian R. Carr and *Neal H. Armstrong* for respondent.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
Davies, Ward & Beck, Toronto, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

STONE J.A.: This is an appeal from the judgment of Muldoon J. [[1984] CTC 479 (F.C.T.D.)] rendered September 21, 1984, whereby the appellant's appeal from the decision of the Tax Review Board with respect to reassessments of income tax for the taxation years 1974, 1975 and 1976, was dismissed with costs. In computing his income from his earnings as a self-employed mechanical design draftsman for those years Mr. Cork deducted automobile expenses (including a proportionate share of capital costs allowance), rent and insurance premiums. It is the deductibility of these amounts that is at issue in the present appeal.

Work engagements

Mr. Cork resided in the City of Toronto in the years in question, and worked at a number of sites for various periods of time both inside and outside of the Metropolitan area. Most of his engagements were arranged through placement agencies whose services the respondent retained. The duration of each engagement varied from 30 to 157 days. Three engagements for 1, 30 and 47 days, were arranged directly by Mr. Cork.

Engagements effected through a placement agency were arranged in the following manner. The agency required of Mr. Cork information about his qualifications and availability. After sol-

Ltd., [1985] 2 CTC 85; (1985), 85 DTC 5314; 60 N.R. 184 (C.A.F.).

AVOCATS:

R. E. Taylor et *M. Judith Sheppard* pour l'appelante.
Brian R. Carr et *Neal H. Armstrong* pour l'intimé.

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour l'appelante.
Davies, Ward & Beck, Toronto, pour l'intimé.

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

LE JUGE STONE, J.C.A.: Appel est interjeté du jugement [[1984] CTC 479 (C.F. 1^{re} inst.)] par lequel le juge Muldoon a, le 21 septembre 1984, rejeté avec dépens l'appel formé par l'appelante contre la décision de la Commission de révision de l'impôt relative aux nouvelles cotisations d'impôt sur le revenu établies pour les années d'imposition 1974, 1975 et 1976. En calculant son revenu tiré de ce qu'il a gagné en tant que dessinateur industriel indépendant pendant ces années, M. Cork a déduit les frais d'automobile (y compris une part proportionnelle de la déduction pour amortissement), le loyer et les primes d'assurance. C'est la déductibilité de ces montants qui est en litige dans le présent appel.

Les engagements de travail

M. Cork habitait la ville de Toronto dans les années en question, et il a travaillé à divers endroits pour des périodes différentes, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de la communauté urbaine. Il a obtenu la plupart de ses engagements par l'entremise des agences de placement aux services desquelles il recourait. La durée de chaque engagement variait entre 30 et 157 jours. C'est M. Cork qui a lui-même pris des dispositions pour obtenir trois engagements de un jour, de 30 et de 47 jours respectivement.

Voici la procédure d'obtention des engagements par l'entremise d'une agence de placement. L'agence exigeait de M. Cork qu'il donne des renseignements sur ses qualifications et sa disponi-

iciting clients, the agency notified Mr. Cork if and when work suitable to his qualifications was available. Mr. Cork was referred to the client for approval, after which a contract was made between him and the agency for an hourly fee to be paid by the agency. In turn, the agency contracted with the client for an hourly fee including a mark-up for providing the drafting services.

Mr. Cork's practice was to take with him to a work site a bag, a brief case and items such as special pencils, squares, rubbers and instruments for drawing circles and straight lines for working on a drafting table. Other equipment and materials were provided at the site. The work was done on an hourly basis including overtime. Mr. Cork kept a record of his hours on time sheets provided by the agency and these were signed by an engineer of the client. These records enabled him to prepare an invoice at the end of each work week showing the number of hours worked during the week and the agreed upon rate of pay. The invoice was dispatched to the agency for payment.

Use of taxpayer's home

During the taxation years in question, Mr. Cork used one of the bedrooms in his residence as an office. It contained a desk and chair, a lamp, a typewriter, a filing cabinet and a drafting board. This room was used by him for preparing the invoices, updating his resumé, typing letters to prospective employers and making calculations and preparing sketches in connection with the then current engagement. It was also used by him for filling out income tax forms as well as for keeping track of expenses and for paying hydro and medical bills. The drafting board in this room was used by him, for the most part, in designing a speed boat on his own time during evenings and on Saturdays.

Expenses claimed

In computing his income as a self-employed mechanical design draftsman for the taxation years in question, Mr. Cork claimed the following amounts as deductions:

bilité. Après avoir sollicité des clients, l'agence informait M. Cork du travail correspondant à ses qualifications et du moment de la disponibilité de ce travail. On lui disait de s'adresser au client aux fins d'approbation, après quoi un contrat était conclu entre lui et l'agence relativement à la rémunération horaire à payer par l'agence. À son tour, l'agence passait avec le client un contrat portant sur la rémunération horaire comprenant une majoration pour la fourniture des dessins.

M. Cork avait pour habitude d'apporter à un lieu de travail un sac, une serviette et des articles tels que des crayons spéciaux, des équerres, gommages et des instruments permettant de faire des cercles et des lignes droites, et il s'en sert pour travailler sur une planche à dessin. D'autres matériaux étaient fournis sur place. Le travail s'effectuait à l'heure, y compris le surtemps. M. Cork consignait ses heures sur des feuilles de présence fournies par l'agence, et celles-ci sont signées par un ingénieur du client. Ces documents lui permettaient de préparer, à la fin de chaque semaine de travail, une facture montrant le nombre d'heures travaillées au cours de la semaine et le taux de rémunération convenu. La facture était envoyée à l'agence aux fins de paiement.

Utilisation du domicile du contribuable

Au cours des années d'imposition en cause, M. Cork utilisait une des chambres à coucher de sa résidence comme bureau. Il y avait un bureau et une chaise, une lampe et une machine à écrire, un classeur et une planche à dessin. C'est là qu'il préparait les factures, mettait à jour son curriculum vitae, tapait les lettres destinées aux employeurs éventuels, effectuait ses calculs et préparait des croquis relativement à l'engagement en cours. Il s'en servait également pour remplir les formules d'impôt sur le revenu ainsi que pour être au courant des dépenses et payer les factures hydro-électriques et médicales. Pour ce qui est de la planche à dessin dans cette chambre, il l'utilisait surtout pour concevoir un hors-bord à ses propres heures, au cours des soirées et les samedis.

Les dépenses réclamées

En calculant son revenu qu'il a gagné au cours des années d'imposition en cause en tant que dessinateur industriel indépendant, M. Cork a réclamé les sommes suivantes à titre de déduction:

	1974	1975	1976
Accounting, Legal	\$ 130.00	\$ 100.00	\$ 125.00
Automobile*	1,078.97	970.13	2,092.24
Business Tax, Fees, Licence	25.00	"nil"	"nil"
Fire & Liability Insurance*	33.00	33.00	33.00
Interest, Bank Charges	2.00	6.00	"nil"
Postage, Stationery	87.50	122.15	75.79
Rent:* (2/6 of total rent paid)	1,169.22	1,180.00	1,274.40
Telephone (business portion)	99.12	141.85	200.13
Subscriptions	26.00	"nil"	"nil"
Capital Cost Allowance	"nil"	400.00	1,341.15
Travelling Expenses (other than automobile)	"nil"	"nil"	1,114.03
	\$2,650.81	\$2,953.13	\$6,255.74

*items under appeal

The bulk of automobile expenses claimed was for driving to and from work sites.

Statutory provisions

Whether the expenses in dispute are deductible in computing Mr. Cork's income for the taxation years in question depends upon the true construction of paragraphs 18(1)(a) and (h) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148 as amended by S.C. 1970-71-72, c. 63, (the "Act"). Those paragraphs read:

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;

The trial judgment

The learned Trial Judge concluded that the expenses were deductible and, in doing so, made the following findings of fact:¹

¹ At p. 481.

	1974	1975	1976
Frais de comptabilité et frais judiciaires	130,00 \$	100,00 \$	125,00 \$
Frais d'automobile*	1 078,97	970,13	2 092,24
Taxes d'affaires, droits et permis	25,00	«néant»	«néant»
Assurance-incendie et responsabilité*	33,00	33,00	33,00
Intérêts et frais bancaires	2,00	6,00	«néant»
Timbres et papeterie	87,50	122,15	75,79
Loyer* (2/6 du loyer total payé)	1 169,22	1 180,00	1 274,40
Téléphone (partie imputable à l'entreprise)	99,12	141,85	200,13
Abonnements	26,00	«néant»	«néant»
Déduction pour amortisse- ment	«néant»	400,00	1 341,15
Frais de déplacement (sauf automobile)	«néant»	«néant»	1 114,03
	2 650,81	\$2 953,13	\$6 255,74 \$

*articles faisant l'objet de l'appel

^d La plus grande partie des frais d'automobile réclamés portait sur les déplacements en auto à destination et en provenance des lieux de travail.

Les dispositions législatives

^e Que les dépenses litigieuses soient déductibles dans le calcul du revenu de M. Cork pour les années d'imposition en question dépend de la vraie interprétation des alinéas 18(1)a) et h) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, chap. 148, modifiée par S.C. 1970-71-72, chap. 63 (la «Loi»). Ces alinéas sont ainsi rédigés:

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 elle a été faite ou engagée par le contribuable en vue de tirer un revenu des biens ou de l'entreprise ou de faire produire un revenu aux biens ou à l'entreprise;

^h

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;

ⁱ

Le jugement de première instance

^j Le juge de première instance a conclu que les dépenses étaient déductibles et, en le faisant, il a tiré les conclusions de fait suivantes¹:

¹ À la p. 481.

The evidence satisfactorily establishes the defendant's need for an office or base of business operations. Most frequently he obtained engagements to perform his drafting services through placement agencies. But not being clairvoyant about further prospects of obtaining work he wrote directly to prospective employers, typing the letters in his office. There he up-dated his resumé of work experience from time to time: thrice in 1974, four times in 1975, and thrice again in 1976. In 1974-75 he made many telephone calls to placement agencies. (He did not place a telephone extension line from his living room into his office, simply to avoid the expense of so doing.) In his office the defendant kept a desk and chair, a typewriter, a lamp, a filing cabinet, his invoice forms and letterheads, as well as a small drafting board. He kept his drafting instruments there. Also, since time was of the essence in his work, he used his office to perform calculations and to prepare sketches for the next day's work. The defendant's office was, as Denning, M.R. put it in *Horton v Young*, [1971] 3 All ER 412, the "locus in quo" from which the defendant's trade radiated to the various sites as his work demanded.

Paragraph 18(1)(h) expenses

I shall deal, first, with the deductibility of the travelling expenses. Counsel for the appellant submits that these should not be allowed because they do not fit within any of the categories of expenses that have been recognized to be deductible, namely, (a) where the travel itself is a service for which the taxpayer's customers are required to pay, as would be in the case of a home appliance repairman; (b) where the taxpayer does his income earning work at this home and goes out from that place to pick up the work; (c) where the taxpayer works away from his home but does a substantial amount of administrative work at home and that work is an integral part of the income earning process in nature and quantity (*Cumming, Ronald K. v. Minister of National Revenue*, [1968] 1 Ex. C.R. 425; (1967), 67 DTC 5312, was cited for the proposition); (d) where the taxpayer works mainly away from his home but has to return to the home so that he may discover where he is going to be working the next day (*Horton v Young (Inspector of Taxes)*, [1971] 3 All ER 412 (C.A.) was cited for the proposition).

Counsel for the appellant submits as a general proposition that a taxpayer's trade or profession is

La preuve démontre de façon satisfaisante que le défendeur avait besoin d'un bureau ou d'un lieu d'où il pouvait effectuer ses activités. Le plus souvent, c'est par l'entremise d'agences de placement qu'il obtenait les engagements aux termes desquels il fournissait ses services de dessinateur. N'étant pas doué de seconde vue quant à ses possibilités d'obtenir d'autres contrats, il écrivait directement aux employeurs éventuels et tapait les lettres dans son bureau. C'est là qu'il mettait à jour son *curriculum vitae*; il l'a fait à trois reprises en 1974, quatre fois en 1975 et trois fois en 1976. En 1974-1975, il a téléphoné à plusieurs reprises à diverses agences de placement. (Il a décidé de ne pas faire installer de ligne supplémentaire entre son salon et son bureau, uniquement pour éviter les frais que cela entraînait.) Dans son bureau, le défendeur avait un bureau, un fauteuil, une machine à écrire, une lampe, un classeur, des formules de facture et du papier à en-tête, de même qu'une petite planche à dessin. Il y conservait également ses instruments de dessin. Par ailleurs, étant donné que les délais étaient de rigueur dans son travail, il se servait de son bureau pour effectuer des calculs et préparer des croquis pour le lendemain. Le bureau du défendeur était ce que le maître des rôles Denning a appelé, dans l'arrêt *Horton v Young*, [1971] 3 All ER 412, le «locus in quo» à partir duquel le défendeur exerçait ses activités commerciales vers les différents endroits où il devait effectuer son travail.

Les frais prévus à l'alinéa 18(1)h)

Tout d'abord, je vais aborder la question de la déductibilité des frais de déplacement. L'avocat de l'appelante soutient que ces frais ne devraient pas être accordés puisqu'ils ne rentrent dans aucune des catégories de frais dont on a reconnu qu'elles sont déductibles: a) lorsque le déplacement lui-même est un service pour lequel les clients du contribuable sont tenus de payer, comme ce serait le cas d'un ouvrier d'entretien d'appareils à domicile; b) lorsque le contribuable fait son travail productif de revenu à domicile mais il en sort pour prendre l'ouvrage; c) lorsque le contribuable travaille loin de chez lui, mais fait une grande partie du travail administratif à la maison et que ce travail fait partie intégrante du processus d'obtention d'un revenu quant à la nature et à la quantité (l'arrêt *Cumming, Ronald K. v. Minister of National Revenue*, [1968] 1 R.C.É. C.R. 425; (1967), 67 DTC 5312 a été cité pour étayer cette idée); d) lorsque le contribuable travaille principalement loin de chez lui, mais il doit y retourner pour savoir où il va travailler le jour suivant (l'arrêt *Horton v Young (Inspector of Taxes)*, [1971] 3 All ER 412 (C.A.) a été cité pour étayer cette idée).

L'avocat de l'appelante soutient généralement que le métier ou la profession d'un contribuable est

exercised at the place where it is actually carried out and that, in the present case, Mr. Cork did not exercise his trade or profession as a draftsman in the room of his home but, rather, only did so when he arrived at the premises of the placement agency's client. He relies on *Newsom v. Robertson (Inspector of Taxes)*, [1952] 2 All E.R. 728 (C.A.), and argues that travel from home to work and return is not travel "while away from home in the course of carrying on . . . business" in the sense of paragraph 18(1)(h). Counsel says also that it is necessary in each case to examine the true nature and purpose of the travel engaged in by a taxpayer by answering the question: Was the travel from home to a place of work travel from the home *qua* home or *qua* place of work and similarly, was the travel home again from the place of work at the end of the day travel to the home *qua* home or *qua* place of work? The answer in the present case, it is argued, is that the travel from the home and back was *qua* home and not *qua* place of work.

Counsel for the respondent asserts that the case is governed by *Cumming* and *Horton*. I find, however, that the circumstances in *Cumming* were materially different. They are summarized in the headnote [of DTC at page 5312]:

The appellant physician engaged exclusively in the practice of his specialty which was anaesthesia. All his professional services were rendered in one particular civic hospital and all the administrative work in connection with his practice was conducted in his home. He received no money from the hospital, his income consisting of payments made directly to him by his patients. For the years 1962 and 1963 he claimed deductions of \$1,454 and \$1,002 respectively. These amounts consisted of operating expenses and capital cost allowance in respect of the automobile and they represented 90 per cent of the total costs of maintaining and operating it. When the Minister disallowed the whole of the amount claimed for capital cost allowance and all but \$100 of the amount claimed for capital cost allowance and all but \$100 of the amount claimed for operating expenses, this appeal was taken to the Exchequer Court.

Held: The appeal was allowed in part on both counts. It was admitted in the course of argument that the appellant conducted part of his practice at his home, that the nature of the business was such that the bookkeeping and financial activities had to be carried on at a location different from that where the patients were treated and that there were no office facilities available to him at the hospital where he might have carried out this part of his business. Since the base of the appellant's

exercé à l'endroit où il est exercé réellement et que, en l'espèce, M. Cork n'a pas exercé son métier ou sa profession de dessinateur dans la chambre de sa maison, mais il ne le faisait que lorsqu'il arrivait aux locaux du client de l'agence de placement. Il s'appuie sur l'arrêt *Newsom v. Robertson (Inspector of Taxes)*, [1952] 2 All E.R. 728 (C.A.), pour prétendre que le trajet entre le domicile et le travail et le retour ne constituent pas un déplacement «alors qu'il était absent de chez lui, dans le cadre de l'exploitation de son entreprise» au sens de l'alinéa 18(1)h). L'avocat prétend également qu'il est nécessaire dans chaque cas d'examiner la nature et la fin véritables du déplacement effectué par le contribuable en répondant à la question: le fait de se rendre de chez soi au lieu de travail constituait-il un déplacement au titre du chez soi ou au titre du lieu de travail; la même question se pose pour le retour chez soi en provenance du lieu de travail à la fin de la journée. L'appelante fait valoir que la réponse en l'espèce est que le déplacement en provenance et à destination de chez soi était effectué au titre du chez soi et non au titre du lieu de travail.

L'avocat de l'intimé affirme que l'espèce est régie par les affaires *Cumming* et *Horton*. Je constate toutefois que les faits de l'affaire *Cumming* sont réellement différents. Ils sont ainsi résumés dans le sommaire [du DTC à la page 5312]:

[TRADUCTION] L'appelant était un médecin exerçant uniquement sa spécialité qui était l'anesthésie. Tous ses services professionnels étaient rendus dans un hôpital civique donné et tout le travail administratif relatif à l'exercice de sa profession s'effectuait chez lui. Il ne recevait aucune rémunération de l'hôpital et son revenu provenait de paiements que ses patients lui effectuaient directement. Pour les années 1962 et 1963, il a réclamé des déductions de 1 454 \$ et de 1 002 \$ respectivement. Ces sommes correspondaient aux dépenses d'exploitation et à l'allocation de coût en capital relatives à l'automobile, et elles représentaient 90 pour cent des frais totaux engagés pour l'entretenir et pour la faire fonctionner. Lorsque le ministre a rejeté la totalité de la somme réclamée à titre d'allocation de coût en capital et n'a autorisé, sur le montant réclamé au titre des dépenses d'exploitation, que la déduction d'une somme de 100 \$, le présent appel a été interjeté devant la Cour de l'Échiquier.

Jugement: L'appel est en partie accueilli sur tous les deux points. Il est reconnu au débat que l'appelant a exercé une partie de sa profession chez lui, que la nature de l'entreprise était telle que la comptabilité et les activités financières devaient s'effectuer à un endroit différent de celui où les patients étaient traités, et qu'il n'existait à l'hôpital aucun endroit où il aurait pu exercer une partie de son entreprise. Puisque le domicile de l'appelant était l'endroit où il exerçait sa

practice was his home, the cost of travelling to and from the hospital to render service was incurred for the purpose of gaining income from his practice. All such expenses, therefore, fell within the exception to section 12(1)(a) and were properly deductible and none of them could be classed as personal or living expenses within the prohibition of section 12(1)(h) as the Minister contended.²

It seems to me that the facts in *Horton* were very much more like those of the case at bar. The taxpayer was a "labour only" sub-contracting bricklayer who was employed by a building contractor. He lived at his home at 2 Peshurst Close, Eastbourne where he kept the tools and books of his trade. Before each contract was entered into, the building contractor met the taxpayer at the latter's house where the two agreed upon the site to be worked and the rate to be paid. The taxpayer was the leader of a small team of bricklayers. He picked up the others in his car and took them to the work sites and back. The question for the Court of Appeal was whether the taxpayer was entitled to deduct his travelling expenses under paragraph 137(a) of the *Income Tax Act*, 1952 [15 & 16 Geo. 6, c. 10] (U.K.) which provided that no sum could be deducted in respect of "any disbursements or expenses, not being money wholly and exclusively laid out or expended for the purposes of the trade, profession or vocation". This language seems, if anything, to be somewhat more stringent than that of paragraph 18(1)(h).

Each of the Judges who heard the appeal gave reasons for concluding that the expenses were properly deducted. At pages 414-415, Lord Denning M.R. said:

I prefer to go by the decisions in actual cases. Take *Newsom v Robertson (Inspector of Taxes)* ([1952] 2 All ER 728; [1953] Ch 7). Mr Newsom was a barrister who lived at Whipnade. He travelled each day to his work in his chambers in Lincoln's Inn. It was held that Mr Newsom could not deduct the expenses of travelling from Whipnade to his chambers in London. The reason was because Mr Newsom's base of operations was his chambers at Old Square in London.

The present case is very different. Mr Horton's base of operations was Eastbourne. He claims his travelling expenses to and from that base. I think he is entitled to deduct them. Counsel for the Crown in his reply put the position very neatly. He said: "If the locus in quo of the trade was Eastbourne and

profession, les frais de déplacement à destination et en provenance de l'hôpital engagés pour rendre service ont été engagés pour tirer un revenu de sa profession. Toutes ces dépenses correspondent à l'exception de l'alinéa 12(1)a) et sont à bon droit déductibles; aucune d'entre elles ne peut être qualifiée de frais personnels ou de frais de subsistance au sens de l'interdiction prévue à l'alinéa 12(1)h) comme l'a prétendu le ministre².

Il me semble que les faits de l'affaire *Horton* ressemblent bien davantage à ceux de l'espèce. Le contribuable était «un travailleur seulement» donnant des sous-contrats à un maçon en briques qui était engagé par un entrepreneur. Il vivait dans sa maison sise au 2 Peshurst Close, Eastbourne, où il gardait les outils et les livres de son métier. Avant la conclusion de chaque contrat, l'entrepreneur rencontrait le contribuable à la résidence de celui-ci où les deux convenaient du lieu où le travail devait s'effectuer et du taux qui devait être payé. Le contribuable était le chef d'un petit groupe de maçons en briques. Il prenait les autres dans sa voiture pour les transporter aux chantiers et les ramener. Il y avait lieu pour la Cour d'appel de trancher la question de savoir si le contribuable était en droit de déduire ses frais de déplacement en vertu de l'alinéa 137a) de la *Income Tax Act*, 1952 [15 & 16 Geo. 6, chap. 10] (R.-U.) qui prévoyait qu'aucune somme ne pourrait être déduite à l'égard de [TRADUCTION] «tous débours ou toutes dépenses qui ne sont pas entièrement et exclusivement engagés aux fins du métier ou de la profession». Ce langage semble, s'il en est, quelque peu plus strict que celui de l'alinéa 18(1)h).

Chacun des juges qui ont connu de l'appel a motivé la conclusion que les dépenses avaient à juste titre été déduites. Aux pages 414 et 415, lord Denning, M.R., s'est prononcé en ces termes:

[TRADUCTION] Je préfère me fonder sur les décisions rendues dans des affaires réelles. Examinons l'arrêt *Newsom v Robertson (Inspector of Taxes)* ([1952] 2 All ER 728; [1953] Ch 7). M. Newsom était avocat et vivait à Whipnade. Il se déplaçait chaque jour pour aller travailler dans son cabinet à Lincoln's Inn. Il a été décidé que M^c Newsom ne pouvait déduire les frais de déplacement de Whipnade à son cabinet de Londres. La raison en était que sa base d'exploitation était son cabinet à Old Square de Londres.

L'espèce est très différente. La base d'exploitation de M. Horton était Eastbourne. Il réclame ses frais de déplacement qu'il a engagés pour se rendre à cette base et pour en revenir. J'estime qu'il est en droit de les déduire. Dans sa réponse, l'avocat de la Couronne a habilement exprimé son point de vue.

² Paragraphs 12(1)(a) and (h) of R.S.C. 1952, c. 148 correspond with paragraphs 18(1)(a) and (h) of S.C. 1970-71-72, c. 63.

² Les alinéas 12(1)a) et h) de S.R.C. 1952, chap. 148 correspondent aux alinéas 18(1)a) et h) de S.C. 1970-71-72, chap. 63.

his trade really radiated from Eastbourne as a centre, I admit that the travelling expenses would be deductible". But counsel went on to urge that the locus in quo of the taxpayer's trade was not Eastbourne or a house in Eastbourne, but it was a shifting base from one building site to another; and on that account the only expenses that could be deducted were the travelling between sites. I do not think that is the right view. On the finding of the commissioners, there is only one reasonable inference to draw from the primary facts. It is that Mr Horton's house at Eastbourne was the locus in quo of the trade, from which it radiated as a centre. He went from it to the surrounding sites according as his work demanded.

During the argument we discussed the case of a circuiter, ie the barrister who has his home near London, but spends most of his time on the circuit. He hardly ever appears at his chambers in London. He probably telephones every day, but rarely puts in an appearance. The locus in quo of his trade or profession — from which it radiates — is his home. I am glad to know that his travelling expenses to and from his home to the circuit are allowed by the Revenue. It is said to be done as a matter of concession. But I think it is more. He is entitled under the statute to deduct the expenses; because they are wholly and exclusively incurred for the purposes of his profession.

If the commissioners were right, it would lead to some absurd results. Suppose that Mr Horton had a job at a site 200 yards away from his home, and another one at Reigate, 45 miles away. All he would have to do would be to go for five minutes to the site near home and then he would get his travelling expenses to and from Reigate. I can well see that he could so arrange his affairs that every morning he would have to call at a site near home. Instead of going to that absurdity, it is better to hold that his expenses to and from his home are all deductible.

Lord Justice Salmon began his reasons for judgment in this way, at page 415:

I agree. If one thing is clear, it is that a man who carries on the trade of a bricklaying sub-contractor cannot do so without entering into sub-contracts. The case shows that the taxpayer negotiated and entered into all his sub-contracts at 2 Peshurst Close, Eastbourne. The main contractor, who, as far as we know, was the only one to give the taxpayer sub-contractor work, was a Mr Page who lived at Eastbourne. He went to 2 Peshurst Close to negotiate and agree the sub-contracts. Another thing that is plain is that the taxpayer could not carry on business without the tools of his trade. The place where he kept those tools was 2 Peshurst Close. Equally it was necessary for him to keep books — rather rudimentary books, but books of his trade; and he kept them at 2 Peshurst Close; such office work as his business entailed was also done at 2 Peshurst Close. The actual sites where he laid bricks were in a radius of about 50 miles from Eastbourne. In my view the only proper inference here is that the base from which the taxpayer

Il a dit: «Si le locus in quo de la profession était Eastbourne et s'il exerçait son métier vraiment à partir d'Eastbourne comme centre, j'admets que les frais de déplacement seraient déductibles». Mais l'avocat a ajouté en insistant sur le fait que le locus in quo du métier du contribuable n'était pas Eastbourne ni une maison d'Eastbourne, mais qu'il s'agissait d'une base variant d'un chantier à un autre, et que, à cet égard, les seuls frais qui pussent être déduits étaient les frais de déplacement entre les chantiers. Je ne pense pas que ce soit là le point de vue qu'il faut retenir. D'après la conclusion des commissaires, il n'existe qu'une seule conclusion raisonnable à tirer des faits premiers, savoir que la maison de M. Horton à Eastbourne était le locus in quo du métier, qui servait de centre d'activités. À partir de là, il se rendait aux chantiers environnants où il devait effectuer son travail.

Au cours du débat, nous avons discuté du cas de quelqu'un qui est en tournée, en l'occurrence de l'avocat qui a son domicile près de Londres, mais qui passe la plus grande partie de son temps à effectuer des tournées. Il ne se trouve guère dans son logement de Londres. Il téléphone probablement tous les jours, mais il s'y trouve rarement. Le locus in quo de son métier ou de sa profession — qui servait de centre d'activités — est sa maison. Je suis ravi de savoir que les frais de déplacement qu'il a engagés pour se rendre de sa maison à la circonscription de tournée et en revenir sont accordés par Revenue. On dit qu'il s'agit d'une concession. Mais j'estime que c'est plus que cela. Il tient de la loi le droit de déduire ces frais; la raison en est qu'ils sont entièrement et exclusivement engagés aux fins de sa profession.

Si les commissaires avaient raison, cela conduirait à quelques résultats absurdes. À supposer que M. Horton avait un travail dans un chantier qui se trouvait à 200 verges de chez lui et un autre à Reigate qui se trouvait à 45 milles de son domicile. Tout ce qu'il devrait faire serait de prendre cinq minutes pour se rendre au chantier près de chez lui et il se ferait rembourser les frais qu'il a engagés pour se rendre à Reigate et en revenir. Je vois bien qu'il pourrait arranger ses affaires de manière à ce que, tous les matins, il se rend à un chantier près de la maison. Au lieu de parvenir à cette absurdité, il vaudrait mieux décider que les frais qu'il a engagés pour se rendre à sa maison et pour repartir de chez lui sont tous déductibles.

À la page 415, le lord juge Salmon a commencé ses motifs de jugement de cette façon:

[TRADUCTION] J'en conviens. Si une chose est claire, c'est qu'un homme qui exerce son métier de sous-entrepreneur en maçonnerie en briques ne saurait se passer de conclure des sous-contrats. Il ressort de l'affaire que le contribuable a négocié et conclu tous ses sous-contrats au 2 Peshurst Close, Eastbourne. L'entrepreneur principal, qui, autant que nous sachions, était le seul à donner du travail de sous-traitance au contribuable, était un certain monsieur Page qui vivait à Eastbourne. Il se rendait au 2 Peshurst Close pour négocier et accorder les sous-contrats. Une autre chose est évidente, c'est que le contribuable ne pouvait exercer ses activités sans les instruments de son métier. L'endroit où il gardait ceux-ci était 2 Peshurst Close. De même, il lui était nécessaire de tenir une comptabilité, plutôt rudimentaire, de son métier; et c'est au 2 Peshurst Close qu'il le faisait; le travail de bureau que son entreprise entraînait s'effectuait également au 2 Peshurst Close. Les vrais chantiers où il posait des briques se trouvaient

carried on his business was 2 Penshurst Close. The fact that it also happens to be his home does not disqualify it from becoming his business base.

And, finally, Lord Justice Stamp had this to say, at page 416:

This taxpayer carried on business as a sub-contractor. He did the work at the several places at which the contractor engaged him to do it. But I do not accept the submission that the place or places at which a sub-contractor does work which he contracts to do is or are his place or places of business. As a sub-contractor the taxpayer here, who had no place which you could call his place of business except his home, entered into engagements to perform sub-contracts, and he did so at his home where he kept his tools and some things for the purpose of his trade. In the normal case of a sub-contractor his expenditure in travelling from the place where he carries on his business as a sub-contractor to the several places at which he performs the contracts into which he enters would clearly be expenses falling outside s 137. I can see no difference where the centre of his activities is in fact his home which is the only place at which as a sub-contractor he is to be found; and if one finds a man carrying on his activities at his home, entering into contracts at his home and performing the contracts away from his home, it appears to me that the centre of his activities is to be regarded as his home and not at the several places at which he does his work. It is true that his particular business was a very small business involving exiguous office equipment and no doubt only a very few tools, but this cannot in my judgment affect the matter. Once one accepts the position that he was, as the commissioners find, carrying on business of a sub-contracting bricklayer, and accepting the basis of the case that he was carrying on such a business, it can in my judgment make no difference that it was what I might call a little business.

As can be seen, *Horton* involved much more than the taxpayer returning to his home at the end of the work day to learn where he would be working the next day, as the appellant contends. It is true that he entered into contracts at his home, but that was also the place where he kept the tools and books of his trade and from which he travelled to the work sites arranged pursuant to the contracts. The travelling expenses were found to be deductible even in the face of legislation requiring that they be "wholly and exclusively" laid out for trade purposes.

In the present case, the learned Trial Judge found on the evidence that Mr. Cork used his home as a base of operations for his drafting

dans un rayon d'environ 50 milles autour d'Eastbourne. J'estime que la seule conclusion appropriée qu'il faut tirer en l'espèce est que la base à partir de laquelle le contribuable exerçait ses activités était 2 Penshurst Close. Qu'il se trouve également que c'est là son domicile n'en fait pas moins sa base d'affaires.

Et, en dernier lieu, le lord juge Stamp s'est exprimé en ces termes à la page 416:

[TRADUCTION] Le contribuable exerçait ses activités en tant que sous-entrepreneur. Il effectuait le travail aux différents endroits auxquels l'entrepreneur l'engageait pour le faire. Mais je ne souscris pas à l'argument selon lequel l'endroit ou les endroits où un sous-entrepreneur exécute le travail qu'il s'engage par contrat à exécuter est sa place d'affaires ou sont ses places d'affaires. En tant que sous-entrepreneur, le contribuable à l'instance, qui n'avait aucun lieu que l'on pourrait appeler sa place d'affaires à l'exception de son domicile, s'engageait à exécuter des sous-contrats, et il le faisait à sa maison où il gardait ses instruments et certains objets nécessaires à son métier. Dans le cas normal d'un sous-entrepreneur, les dépenses qu'il engage pour se rendre du lieu où il exerce ses activités en tant que sous-entrepreneur aux différents endroits où il exécute les contrats qu'il conclut seraient à l'évidence les frais qui ne sont pas visés par l'article 137. Je ne vois aucune différence si le centre de ses activités est en réalité son domicile qui est le seul endroit où on le trouve, en sa qualité de sous-entrepreneur; et si on constate qu'un homme exerce ses activités chez lui, conclut des contrats chez lui et exécute les contrats loin de chez lui, il me semble que le centre de ses activités doit être considéré comme son domicile et ne se trouve pas aux nombreux endroits où il effectue son travail. Certes, sa particulière entreprise était une très petite entreprise exigeant un petit équipement de bureau et nécessitant sans doute seulement très peu d'instruments; mais cela ne saurait, à mon sens, influencer sur la question. Du moment qu'on accepte l'idée qu'il exerçait, selon les conclusions des commissaires, les activités d'un maçon en briques qui donnait des sous-contrats, et l'idée fondamentale en l'espèce qu'il exerçait ces activités, peu importe, à mon avis, qu'il s'agisse de ce qu'on pourrait appeler une petite entreprise.

Ainsi qu'on peut le constater, l'arrêt *Horton* impliquait davantage que le fait pour le contribuable de retourner à la maison à la fin de sa journée de travail pour connaître l'endroit où il travaillerait le jour suivant, comme le prétend l'appelante. Il est vrai qu'il concluait des contrats à sa maison, mais c'était également l'endroit où il gardait les instruments et les livres de son métier, et c'est de là qu'il se rendait aux chantiers convenus selon les contrats. Les frais de déplacement ont été jugés déductibles en dépit de la loi exigeant qu'ils soient «entièrement et exclusivement» engagés aux fins du métier.

En l'espèce, le juge de première instance a conclu de la preuve que M. Cork se servait de sa maison comme base d'exploitation pour son entre-

business. There is, I think, much to be said for the correctness of that view. Mr. Cork had evidently set himself up at his home for the conduct of his business activities. I need not enumerate the findings of the Trial Judge on the point. They show that Mr. Cork's business pursuits were conducted from his home. Whether he arranged work directly or through a placement agency he did so from his home where he could be found. He used his home as a base or focal point for that purpose as well as for the performance of his work in the field. In my view, all of the findings have a basis in the evidence and ought not, therefore, to be disturbed. Though this Court may draw its own inferences from proven facts established on the testimony of a witness about whom no question of credibility arises (*Lessard v. Paquin et al.*, [1975] 1 S.C.R. 665; *The Queen v Gurd's Products Co Ltd*, [1985] 2 CTC 85 (F.C.A.)), I am not persuaded that this is a case in which we should do so. I agree with the inference drawn by the learned Trial Judge that the home was the base of Mr. Cork's business operations.

I am unable to agree with the appellant's submission that Mr. Cork's travel from home to work and back again was *qua* home rather than *qua* work. The Trial Judge drew the correct inference from the facts proven that the office in the home was used by Mr. Cork as a base of his business operations. It follows, of course, that the travel from the house and back again was *qua* work and not *qua* home. The answer to the question posed in argument by counsel for the appellant will, of course, depend upon the circumstances. I have no doubt that the travel by Mr. Cork was from and to his home *qua* place of work in the circumstances of this case. The travelling expenses were incurred by him while away from home in the course of carrying on his business.

Paragraph 18(1)(a) expenses

During the course of argument by counsel for the respondent, the Court indicated that the issue of the deductibility of the rent and insurance

prise de dessins. J'estime qu'il y a beaucoup à dire de la justesse de ce point de vue. M. Cork s'était manifestement établi chez lui pour exercer ses activités. Je n'ai pas à énumérer les constatations du juge de première instance sur ce point. Il en ressort que les activités commerciales de M. Cork s'exerçaient chez lui. Qu'il ait pris des dispositions pour obtenir le travail directement ou par l'entremise d'une agence de placement, il le faisait à partir de chez lui où on pouvait le trouver. Il se servait de sa maison comme base ou point central pour cette fin ainsi que pour l'exécution de son travail dans le domaine. J'estime que toutes ces constatations reposent sur la preuve et qu'il n'y a donc pas lieu de les modifier. Certes, cette Cour peut tirer ses propres conclusions des faits prouvés établis selon la déposition d'un témoin dont la crédibilité n'est pas mise en question (*Lessard c. Paquin et autres*, [1975] 1 R.C.S. 665; *La Reine c. Gurd's Products Co Ltd*, [1985] 2 CTC 85 (C.A.F.)), je ne suis pas persuadé qu'il y ait lieu en l'espèce de le faire. Je suis d'accord avec la conclusion tirée par le juge de première instance selon laquelle la maison était la base d'exploitation de M. Cork.

Je ne saurais souscrire à l'argument de l'appelante selon lequel le déplacement de M. Cork entre domicile et lieu de travail et le retour constituaient un déplacement au titre du chez soi plutôt qu'au titre du lieu de travail. C'est à juste titre que le juge de première instance a conclu des faits prouvés que le bureau dans la maison était utilisé par M. Cork comme une base de ses activités. Il s'ensuit, bien entendu, que le déplacement en provenance et à destination de chez soi était effectué au titre du lieu de travail et non au titre du chez soi. La réponse à la question posée au débat par l'avocat de l'appelante va, bien entendu, dépendre des circonstances. Je suis certain que le déplacement effectué par M. Cork en provenance et à destination de chez lui était un déplacement au titre du lieu de travail dans les circonstances de l'espèce. Il a engagé les frais de déplacement alors qu'il était absent de chez lui, dans le cadre de l'exploitation de son entreprise.

Les frais prévus à l'alinéa 18(1)a)

Au cours de l'argumentation de l'avocat de l'intimé, la Cour a fait savoir qu'il n'y avait pas lieu d'aborder la question de la déductibilité du loyer et

expenses need not be addressed, the Court being in agreement with the learned Trial Judge that, for the reasons he gave, these expenses were deductible pursuant to paragraph 18(1)(a) of the Act.

In the result, I would dismiss the appeal with costs.

HEALD J.A.: I agree.

MARCEAU J.A.: I agree.

des dépenses en assurance, la Cour convenant avec le juge de première instance que, pour les motifs qu'il a invoqués, ces dépenses étaient déductibles en vertu de l'alinéa 18(1)a) de la Loi.

^a Par ces motifs, je rejetterais l'appel avec dépens.

LE JUGE HEALD, J.C.A.: Je souscris aux motifs ci-dessus.

^b LE JUGE MARCEAU, J.C.A.: Je souscris aux motifs ci-dessus.

A-521-89

A-521-89

Abdulahakim Ali Sheikh (*Appellant*)

v.

Minister of Employment and Immigration (*Respondent*)

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

Court of Appeal, Iacobucci C.J., MacGuigan and Desjardins J.J.A.—Toronto, June 18; Ottawa, July 4, 1990.

Immigration — Refugee status — Immigration Act, ss. 46 and 46.01(6) credible basis test — First-level panel (adjudicator and member of Refugee Division) to make own assessment of credibility of evidence before it — Noor v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1989] R.J.Q. 967 (S.C.) (holding test met if any credible or trustworthy evidence relative to claim), disapproved.

Barristers and solicitors — Designated counsel falling asleep at refugee credible basis hearing — Applicant arguing cause prejudiced — Relying on references in proceedings, establishing existence, but not dimensions, of problem — Failing to adduce affidavit evidence subject to cross-examination — Although such conduct inherently prejudicial, precise factual foundation necessary before Court finding prejudice as such judgment could found action in negligence or disciplinary proceedings.

This was an application to review and set aside the decision of an immigration adjudicator and a member of the Refugee Determination Division (the first-level panel) that the applicant had failed to establish a credible basis for his claim such that the Refugee Division, in full hearing (the second-level panel) might classify him as a Convention refugee. *Immigration Act*, section 46 provides that the adjudicator and a member of the Refugee Division shall determine whether the claimant has a credible basis for the claim. Under subsection 46.01(6), if the adjudicator or the member of the Refugee Division, after consideration of the evidence adduced at the hearing, is of the opinion that there is any credible 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.

The applicant, a Ugandan citizen, left Uganda when he began to think that the army had seized and killed his father and was trying to coerce him into joining the army by saying that rebel forces had killed his father and that he should join the army to get revenge. The panel accepted the applicant's version of the facts, but found that the inferences that he drew therefrom were mere conjecture, and not plausible.

Abdulahakim Ali Sheikh (*appellant*)

c.

a

Ministre de l'Emploi et de l'Immigration (*intimé*)

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

Cour d'appel, juge en chef Iacobucci, juges MacGuigan et Desjardins, J.C.A.—Toronto, 18 juin; Ottawa, 4 juillet 1990.

Immigration — Statut de réfugié — Critère du minimum de fondement exposé aux art. 46 et 46.01(6) de la Loi sur l'immigration — Le premier palier d'audience (un arbitre et un membre de la section du statut) doivent faire leur propre appréciation de la crédibilité de la preuve qui leur est présentée — L'arrêt Noor v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1989] R.J.Q. 967 (C.S.) (qui dit que le critère est respecté si la revendication est appuyée par des éléments crédibles ou dignes de foi) est cité et écarté.

Avocats et procureurs — L'avocat désigné s'endort à l'audition sur le minimum de fondement de la revendication du réfugié — Le requérant affirme avoir subi un préjudice — Le recours aux allusions faites au cours des procédures établit l'existence et non l'ampleur du problème — Défaut de production d'un affidavit qui aurait pu faire l'objet d'un contre-interrogatoire — Bien que cette conduite soit essentiellement préjudiciable, des faits très précis sont nécessaires pour que le tribunal puisse conclure au préjudice, une telle conclusion étant susceptible de motiver une action pour négligence ou des procédures disciplinaires.

Demande de révision judiciaire de la décision par laquelle un arbitre de l'immigration et un membre de la section du statut (le premier palier d'audience) ont conclu que le demandeur de statut n'avait pas établi que sa revendication avait le minimum de fondement qui aurait pu permettre à la section du statut, en audience approfondie (le second palier d'audience) de lui reconnaître le statut de réfugié au sens de la Convention. L'article 46 de la *Loi sur l'immigration* prévoit que l'arbitre et un membre de la section du statut déterminent si la revendication a un minimum de fondement. Selon le paragraphe 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'audience, ils estiment qu'il existe des éléments crédibles sur lesquels la section du statut peut se fonder pour reconnaître à l'intéressé le statut de réfugié au sens de la Convention.

Le requérant, citoyen de l'Ouganda, a quitté ce pays quand il en est venu à croire que l'armée avait saisi et tué son père, pour ensuite tenter de contraindre le requérant à se joindre à l'armée, affirmant que des forces rebelles avaient tué son père et qu'il devrait s'enrôler pour venger celui-ci. Le premier palier d'audience a accepté la version des faits du requérant, mais il a conclu que les inférences qu'il en tirait reposaient sur une simple conjecture et n'étaient pas plausibles.

The applicant also argued that he had been prejudicially affected by his designated counsel falling asleep three times during the hearing.

Held, the application should be dismissed.

The Federal Court has not yet determined the standard for a first-level panel, although it is not the test mandated for a full Refugee Division hearing. The first-level panel may assess and weigh the oral and documentary evidence, but not in the manner appropriate to a full Refugee Division hearing.

The Quebec Superior Court in *Noor v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* held that the credible basis test referred to in sections 46 and 46.01 is met if there is "any" credible evidence on which the Refugee Division "might" determine that the claimant has a credible basis for the claim. This was a mistaken view of subsection 46.01(6). By including the words "credible or trustworthy", Parliament required the first-level panel to make its own assessment of the credibility of the evidence before it, not to guess at what judgment a second-level tribunal would make on credibility. Had Parliament wished to ensure that a matter proceed automatically to the second level if there was any evidence on which the second-level tribunal might determine the claimant to be a Convention refugee it could have omitted the words "credible or trustworthy".

The concept of credible evidence is not the same as that of the credibility of the applicant, but where the only evidence before a tribunal is that of the applicant, a tribunal's perception that he is not a credible witness effectively amounts to a finding that there is no credible evidence on which the second-level tribunal could allow his claim.

The first-level panel did not err in integrating the facts and inferences, and in the result there was, in its opinion, no credible or trustworthy evidence on the basis of which a second-level panel could have come to a conclusion favourable to the applicant.

Counsel's conduct is of concern to the Court, particularly where counsel is designated. Although the fact that counsel had been asleep during the hearing could be taken as inherently prejudicial, the factual foundation had to be very precise, given that such a finding could found an action in negligence or disciplinary proceedings. The applicant did not adduce affidavit evidence on the issue on which he could have been cross-examined, but relied on four brief references in the proceedings, which established the existence, but not the dimensions, of the problem. The transcript revealed that the Adjudicator had been alert and his prompt interventions may have reduced the scope of the problem.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

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 (as am. *idem*,

Le requérant a aussi soutenu avoir subi un préjudice du fait que l'avocat qu'on lui avait désigné était tombé endormi à trois reprises au cours de l'audience.

Arrêt: la demande devrait être rejetée.

a La Cour fédérale n'a pas encore décidé ce que doit être le critère applicable au premier palier d'audience, mais il ne s'agit pas du critère applicable à l'instruction approfondie de la section du statut. Le premier palier d'audience peut apprécier et soulever la preuve orale et documentaire, mais il ne peut le faire de la façon propre à l'instruction approfondie de la section du statut.

b La Cour supérieure du Québec, dans l'arrêt *Noor v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, a statué qu'il est satisfait au critère du minimum de fondement visé aux articles 46 et 46.01 s'il existe «des» [any] éléments crédibles sur lesquels la section du statut «peut» se fonder pour reconnaître que la revendication du demandeur de statut a un minimum de fondement. Il s'agit-là d'une interprétation erronée du paragraphe 46.01(6). En mettant les adjectifs «crédibles ou dignes de foi», le législateur entendait que le premier palier d'audience tire ses propres conclusions sur la crédibilité de la preuve qui lui est présentée, et non pas les conclusions qu'il pourrait attribuer au second palier. Il eut été facile au législateur d'omettre les adjectifs «crédibles ou dignes de foi» s'il avait voulu faire en sorte que l'affaire passe automatiquement au second palier en présence d'éléments sur lesquels ce dernier pouvait se fonder pour reconnaître à l'intéressé le statut de réfugié au sens de la Convention.

c Le concept de la crédibilité des éléments de preuve et celui de la crédibilité du demandeur sont évidemment deux choses différentes, mais lorsque la seule preuve soumise au tribunal est celle fournie par le demandeur, la perception du tribunal que le demandeur n'est pas un témoin crédible équivaut en fait à la conclusion qu'il n'existe aucun élément crédible sur lequel pourrait se fonder le second palier d'audience pour faire droit à la demande.

d Le premier niveau d'audience n'a pas commis d'erreur en intégrant à la preuve les inférences aussi bien que les faits, de sorte qu'à son avis, il n'existait aucun élément crédible ou digne de foi sur lequel le second palier d'audience aurait pu se fonder pour tirer une conclusion favorable au demandeur de statut.

e Le comportement de l'avocat du demandeur de statut préoccupe le tribunal, d'autant plus qu'il avait été désigné d'office. Bien que le fait que l'avocat ait dormi au cours de l'audience puisse être considéré en lui-même préjudiciable à son client, les faits doivent être très précis, car ils pourraient motiver une action pour négligence ou des procédures disciplinaires. Le demandeur n'a pas produit d'affidavit sur la question qui aurait pu donner lieu à un contre-interrogatoire, mais il s'en est plutôt remis à quatre brèves allusions au cours des procédures qui établissaient l'existence du problème mais pas ses dimensions. La transcription révèle que l'arbitre a été attentif, et ses rapides interventions ont probablement limité l'ampleur du problème.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 2 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), chap. 28, art. 1),

s. 14), 46.01 (as enacted *idem*), 82.1(1) (as enacted *idem*, s. 19).

46 (mod., *idem*, art. 14), 46.01 (édicte, *idem*), 82.1(1) (édicte, *idem*, art. 19).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

NOT FOLLOWED:

Noor v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1989] R.J.Q. 967 (S.C.).

CONSIDERED:

Lee v. Canada (Minister of Employment and Immigration), F.C.A., A-401-89, Heald J.A., judgment dated 22/2/90, not yet reported; *Sloley v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, F.C.A., A-364-89, Heald J.A., judgment dated 22/2/90, not yet reported; *Strickland v. Washington*, 466 U.S. 668 (1984); *Javor v. U.S.*, 724 F. 2d 831 (9th Cir., 1984).

REFERRED TO:

Noor v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1990] R.J.Q. 668 (C.A.); *R. v. Garofoli* (1988), 41 C.C.C. (3d) 97; 64 C.R. (3d) 193; 27 O.A.C. 1 (Ont. C.A.).

COUNSEL:

M. Pia Zambelli for appellant.
Donald MacIntosh for respondent.

SOLICITORS:

Jackman, Zambelli and Silcoff, Toronto, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MACGUIGAN J.A.: This section 28 application, for which leave under subsection 82.1(1) of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, as amended [by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19], ("the Act") was granted by a judge of this Court, seeks to review and set aside an August 11, 1989 decision of an immigration adjudicator and a member of the Refugee Determination Division ("the panel" or "the first-level panel"), which held that the applicant had failed to establish a credible basis for his claim such that the Refugee Division, in full hearing ("the second-level panel"), might classify him as a Convention refugee.

JURISPRUDENCE

DÉCISION NON SUIVIE:

Noor v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1989] R.J.Q. 967 (C.S.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Lee c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), C.A.F., A-401-89, juge Heald, J.C.A., jugement en date du 22-2-90, encore inédit; *Sloley c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, C.A.F., A-364-89, juge Heald, J.C.A., jugement en date du 22-2-90, encore inédit; *Strickland v. Washington*, 466 U.S. 668 (1984); *Javor v. U.S.*, 724 F. 2d 831 (9th Cir., 1984).

DÉCISIONS CITÉES:

Noor v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1990] R.J.Q. 668 (C.A.); *R. v. Garofoli* (1988), 41 C.C.C. (3d) 97; 64 C.R. (3d) 193; 27 O.A.C. 1 (C.A. Ont.).

AVOCATS:

M. Pia Zambelli pour l'appellant.
Donald MacIntosh pour l'intimé.

PROCUREURS:

Jackman, Zambelli et Silcoff, (Toronto), pour l'appellant.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

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

LE JUGE MACGUIGAN, J.C.A.: Cette demande fondée sur l'article 28, autorisée par un juge de cette Cour conformément au paragraphe 82.1(1) de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), chap. I-2 et ses modifications [L.R.C. (1985) (4^e suppl.), chap. 28, art. 19] («la Loi»), vise la révision et l'annulation de la décision par laquelle, le 11 août 1989, un arbitre de l'immigration et un membre de la section du statut («le premier palier d'audience»), concluaient que le demandeur de statut n'avait pas établi que sa revendication avait le minimum de fondement qui aurait pu permettre à la section du statut, en audience approfondie («le second palier d'audience»), de lui reconnaître le statut de réfugié au sens de la Convention.

The relevant provisions of the Act [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, ss. 1, 14] are as follows:

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 ...

46. (1) Where an inquiry is continued or a hearing is held before an adjudicator and a member of the Refugee Division,

(c) if either the adjudicator or the member or both determine that the claimant is so eligible, they shall determine whether the claimant has a credible basis for the claim.

(2) The burden of proving that a claimant is eligible to have the claim determined by the Refugee Division and that the claimant has a credible basis for the claim rests on the claimant.

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

(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.

The applicant is a citizen of Uganda. As both an Arab and a Muslim, he is a member of minority groups in that country. He allegedly lived in Uganda from his birth in 1965 to 1979, fled in 1979 with his family to Kenya, where he remained until his return to Uganda in 1984-1985, and went back to live in Kenya from 1986 to 1989, from where he came to Canada in 1989. He and his family allegedly lived illegally in Kenya both times.

Voici le libellé des dispositions pertinentes de la Loi [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), chap. 28, art. 1, 14]:

2. (1) ...

a «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:

b (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 ...

46. (1) Les règles suivantes s’appliquent aux enquêtes ou audiences tenues devant un arbitre et un membre de la section du statut:

c) si au moins l’un des deux conclut à la recevabilité, ils déterminent ensuite si la revendication a un minimum de fondement.

d (2) Il appartient au demandeur de statut de prouver que sa revendication est recevable et qu’elle a un minimum de fondement.

46.01 ...

e (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:

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;

f 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.

Le requérant est citoyen de l’Ouganda. Tant en qualité d’arabe que de musulman, il appartient à des groupes minoritaires de ce pays. Il dit avoir vécu en Ouganda de sa naissance en 1965 jusqu’en 1979, lorsqu’il a fui au Kenya avec sa famille pour y demeurer jusqu’à son retour en Ouganda en 1984-1985. Il est retourné vivre au Kenya de 1986 à 1989, année au cours de laquelle il est venu au Canada. Lui et sa famille auraient vécu illégalement au Kenya les deux fois où ils y ont résidé.

One set of issues revolves around the determination of a credible basis for his claim by the first-level panel, another around the conduct of his designated counsel.

There can be no doubt that a first-level panel errs in law in applying the test mandated for a full Refugee Division hearing rather than the lower threshold provided for a level one hearing: *Lee v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, no. A-401-89, decided by this Court February 22, 1990 [not yet reported]. But this Court has not yet decided what must be the standard for a first-level panel. Certainly the Court's decision in *Sloley v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, no. A-364-89, also decided February 22, 1990 [not yet reported], cannot be taken to mean that a first-level panel is forbidden to assess and weigh the oral and documentary evidence, but only that it must not do so in the manner appropriate to a full Refugee Division hearing. It would be hard to imagine a tribunal with jurisdiction to make findings of fact which would not have the competence to assess and weigh the evidence presented before it.

Much of the difficulty counsel have experienced in interpreting subsections 46(1) and 46.01(6) of the Act arises from the reasons for decision of Greenberg J. of the Quebec Superior Court in *Noor v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] R.J.Q. 967, reversed on more general grounds by the Quebec Court of Appeal without advertent to this particular issue: [1990] R.J.Q. 668. On the jurisdiction of the level-one tribunal, Greenberg J. wrote (at pages 978-979):

We agree that they should have acted as a "threshold tribunal"; in French: "*un tribunal d'accès*" or "*tribunal de triage*", whereas in fact they functioned and rule[d] as if they were the tribunal at the second level pursuant to Sections 70, 71 and 71.1 of the Act. They, in fact, ruled on the merits of Petitioner's claim for recognition of his status as a Convention refugee.

This Court also finds that they misconstrued the meaning of the concept of "credible basis"; in French: "*un minimum de fondement*". That is a new concept in Canadian law and is not to be confused or confounded with that of a "*prima facie* case" or the well-known "Shephard Test" for committing a person to

L'une des questions en cause porte sur la conclusion tirée au premier palier d'audience relativement au manque de minimum de fondement de sa demande, et la seconde question vise la conduite de l'avocat qui lui a été désigné.

Il ne fait aucun doute que le premier palier d'audience commet une erreur de droit en appliquant le critère propre à l'instruction approfondie plutôt que le critère moins strict qui convient au premier palier: voir l'arrêt *Lee c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, n° A-401-89, que cette Cour a prononcé le 22 février 1990 [encore inédit]. Mais cette dernière n'a pas encore décidé ce que doit être le critère applicable au premier palier d'audience. On ne peut assurément considérer que la décision de cette Cour dans l'affaire *Sloley c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, n° A-364-89, décision rendue également le 22 février 1990 [encore inédite], signifie qu'il est interdit au premier palier d'audience d'apprécier et de soupeser la preuve orale et documentaire, mais seulement qu'il ne peut le faire de la façon propre à l'instruction approfondie de la section du statut. Il serait difficile de concevoir un tribunal compétent à tirer des conclusions de fait qui ne serait pas habilité à apprécier et à soupeser les éléments de preuve qui lui sont soumis.

La grande partie des difficultés auxquelles se sont confrontés les avocats en tentant d'interpréter les paragraphes 46(1) et 46.01(6) de la Loi tiennent aux motifs du juge Greenberg de la Cour supérieure du Québec dans l'affaire *Noor v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] R.J.Q. 967, infirmés pour des motifs plus généraux par la Cour d'appel du Québec sans mentionner cette question précise: voir [1990] R.J.Q. 668. Au sujet de la compétence du premier palier d'audience, voici ce qu'a dit le juge Greenberg (aux pages 978 et 979):

[TRADUCTION] Nous convenons qu'ils auraient dû agir en qualité de «tribunal d'accès» ou «tribunal de triage», alors qu'en réalité ils ont agi et statué comme s'ils avaient été le tribunal au second palier conformément aux articles 70, 71 et 71.1 de la Loi. Ils ont, de fait, statué sur le fond de la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention faite par le demandeur de statut.

Cette Cour estime également qu'ils se sont mépris sur le sens du concept du «minimum de fondement». Il s'agit-là d'un concept nouveau en droit canadien, qu'il ne faut pas confondre avec «l'apparence de droit suffisante» ni avec le critère bien connu appliqué dans l'affaire Shephard pour renvoyer une

trial at his preliminary inquiry or for ordering his extradition at an extradition hearing (États-Unis d'Amérique c. Shephard, [1977] 2 R.C.S. 1067).

That new test, credible basis, is met if the adjudicator or the member is of the opinion that there is, in the words of subsection 46.01(6) of the Act, "any" credible or trustworthy evidence on which the Refugee Division "might" (Note: not "will" or "would" or "should" or "could", but "might") determine a claimant to be a Convention refugee. If so, the adjudicator or the member "shall" determine that the claimant has a credible basis for the claim.

The requirement is not that a claimant necessarily be credible, but that there be *any* credible or trustworthy evidence relative to the elements of the definition of Convention refugee which *might* lead to the conclusion that the claimant is a Convention refugee.

Hence, the first hearing procedure, in our view, was intended by Parliament to be a screening-out process for the most obvious cases of abuse, to weed out those who are manifestly and clearly "bogus" refugees. A good example of such bogus cases was the large number of Turkish nationals who in 1987-88 claimed Convention refugee status under the prior system, where it was quite obvious that they were would-be immigrants seeking to jump the line and mainly, if not solely, wishing to improve their economic condition.

A claim can only be found to have "no credible basis" at the first level if it lacks *any* evidentiary basis.

With respect, I believe this to be a mistaken view of subsection 46.01(6). It would have been easy enough for Parliament to omit the words "credible or trustworthy" if it wished to ensure that a matter proceeded automatically to the second level if there was any evidence on which the second-level tribunal might determine the claimant to be a Convention refugee. But it did not omit those words, and therefore in my view required the first-level panel to make its own assessment of the credibility of the evidence before it.¹ That it is its own assessment that is required and not a guess as to what judgment a second-level tribunal would make on credibility is evident, first of all, from the word order in the subsection. The second-level tribunal is mentioned only in the subsequent relative clause. It is the first-level panel which has to

¹ I find no linguistic warrant for distinguishing the words "credible" and "trustworthy", and so for the most part simply use the word "credible".

personne à son procès au cours de son enquête préliminaire ou pour ordonner son extradition au cours d'une audience d'extradition (États-Unis d'Amérique c. Shephard, [1977] 2 R.C.S. 1067).

a Il est satisfait à ce nouveau critère, celui du minimum de fondement, si l'arbitre ou le membre de la section du statut estiment, selon le libellé du paragraphe 46.01(6) de la Loi, qu'il existe *des* éléments crédibles ou dignes de foi sur lesquels la section du statut «peut» se fonder (noter: on ne dit pas «devra» ni «devrait» ni «pourrait» se fonder, mais «peut» se fonder) pour reconnaître à l'intéressé le statut de réfugié au sens de la Convention. Le cas échéant, l'arbitre ou le membre de la section du statut «concluent» que la revendication a un minimum de fondement.

b On n'exige pas que le demandeur soit nécessairement crédible, mais qu'il existe *des* [any] éléments crédibles ou dignes de foi ayant trait à la définition de réfugié au sens de la Convention qui *peuvent* mener à la conclusion que le demandeur est un réfugié au sens de la Convention.

d Donc, à notre avis, le Parlement entendait que le premier palier d'audience fasse une présélection des cas abusifs les plus flagrants, pour écarter ceux qui sont manifestement et clairement des «faux» réfugiés. Un bon exemple de ces derniers est fourni par le grand nombre de citoyens turcs qui, en 1987 et 1988, ont revendiqué le statut de réfugiés au sens de la Convention sous l'ancien système, alors qu'il s'agissait évidemment de personnes qui tentaient de passer à la tête de la file d'attente, et qui souhaitaient immigrer principalement, sinon exclusivement, pour améliorer leur condition matérielle.

e Au premier palier, la revendication du demandeur ne peut être considérée dénuée «du minimum de fondement» qu'en l'absence *des* [any] éléments crédibles nécessaires.

f Avec égards, j'estime qu'il s'agit-là d'une interprétation erronée du paragraphe 46.01(6). Il eut été facile au législateur d'omettre les adjectifs «crédibles ou dignes de foi» s'il avait voulu faire en sorte que l'affaire passe automatiquement au second palier en présence d'éléments sur lesquels ce dernier pouvait se fonder pour reconnaître à l'intéressé le statut de réfugié au sens de la Convention. Or, le législateur n'a pas omis ces adjectifs, et par conséquent il a, à mon sens, tenu à ce que le premier palier d'audience tire ses propres conclusions sur la crédibilité de la preuve qui lui est soumise¹. Que le législateur avait en vue les propres conclusions du premier palier d'audience sur la crédibilité des éléments soumis et non pas celles qu'il pourrait attribuer au second palier ressort de toute évidence, en premier lieu, de l'ordre des mots

¹ Je ne vois aucune justification linguistique qui permette d'établir une distinction entre les adjectifs «crédibles» et «dignes de foi», aussi la plupart du temps, j'utilise l'adjectif «crédibles».

be “of the opinion that there is any credible or trustworthy evidence.” The same conclusion, it seems to me also flows from subsection 46(4), which reads as follows:

46. ...

(4) The adjudicator and the member of the Refugee Division may base their decisions with respect to the matters referred to in paragraphs (1)(b) and (c) on evidence adduced at the inquiry or hearing and considered credible or trustworthy in the circumstances of the case.

It is the first-level tribunal which must base its decision on evidence which in the circumstances of the case, is considered credible or trustworthy, evidently by it.

The concept of “credible evidence” is not, of course, the same as that of the credibility of the applicant, but it is obvious that where the only evidence before a tribunal linking the applicant to his claim is that of the applicant himself (in addition, perhaps, to “country reports” from which nothing about the applicant’s claim can be directly deduced), a tribunal’s perception that he is not a credible witness effectively amounts to a finding that there is no credible evidence on which the second-level tribunal could allow his claim.

I would add that in my view, even without disbelieving every word an applicant has uttered, a first-level panel may reasonably find him so lacking in credibility that it concludes there is no credible evidence relevant to his claim on which a second-level panel could uphold that claim. In other words, a general finding of a lack of credibility on the part of the applicant may conceivably extend to all relevant evidence emanating from his testimony. Of course, since an applicant has to establish that all the elements of the definition of Convention refugee are verified in his case, a first-level panel’s conclusion that there is no credible basis for any element of his claim is sufficient.

The foregoing analysis is, I believe, sufficient to dispose of the applicant’s argument with respect to

dans le paragraphe concerné. En effet, le second palier n’est mentionné que plus loin dans la disposition. C’est le premier palier d’audience qui doit «estime[r] qu’il existe des éléments crédibles et dignes de foi». La même conclusion, me semble-t-il, vaut aussi pour le paragraphe 46(4), dont voici le libellé:

46. ...

(4) L’arbitre et le membre de la section du statut peuvent, en ce qui a trait aux points visés aux alinéas (1)(b) et (c), fonder leurs décisions sur les éléments de preuve présentés à l’enquête ou à l’audience et qui sont considérés comme crédibles ou dignes de foi en l’occurrence.

C’est le premier niveau d’audience qui doit fonder sa décision sur des éléments de preuve qui sont considérés, évidemment par lui, comme crédibles ou dignes de foi en l’occurrence.

Le concept de la crédibilité des éléments de preuve et celui de la crédibilité du demandeur sont évidemment deux choses différentes, mais il est évident que lorsque la seule preuve soumise au tribunal qui relie le demandeur à sa demande est celle que ce dernier fournit lui-même (outre, peut-être, les dossiers sur différents pays dont on ne peut rien déduire directement à l’égard de la revendication du demandeur), la perception du tribunal que le demandeur n’est pas un témoin crédible équivaut en fait à la conclusion qu’il n’existe aucun élément crédible sur lequel pourrait se fonder le second palier d’audience pour faire droit à la demande.

J’ajouterais qu’à mon sens, même sans mettre en doute chacune des paroles du demandeur, le premier palier d’audience peut douter raisonnablement de sa crédibilité au point de conclure qu’il n’existe aucun élément de preuve crédible ayant trait à la revendication sur lequel le second palier d’audience pourrait se fonder pour y faire droit. En d’autres termes, la conclusion générale du manque de crédibilité du demandeur de statut peut fort bien s’étendre à tous les éléments de preuve pertinents de son témoignage. Naturellement, puisque le demandeur doit établir qu’il réunit tous les éléments de la définition de l’expression réfugié au sens de la Convention, la conclusion du premier palier d’audience que sa revendication ne possède pas un minimum de fondement est suffisante.

L’analyse précédente suffit, je crois, pour écarter l’argument du demandeur de statut relatif à la

the panel's finding that he lacked credibility as a witness, if that was what the panel here found. In fact, it is not clear from the reasons of the panel in the case at bar that it did find the applicant lacking in credibility, and so his counsel argued his case on this ground in the alternative.

The applicant testified that he and his family finally left Uganda for Kenya after they came to think that Uganda's National Resistance Army seized and killed his father, and then tried to coerce him into joining the army, saying that rebel forces had killed his father and that he should join the army to get revenge on those rebel forces.

Here it was not the bare facts as such that were in issue but rather the conclusions that could reasonably be drawn from them. The panel said (Record of Inquiry, August 11, 1989):

Regarding the army conscription, I'm directed to the Encyclopedia of the Third World, that is Exhibit P-5, and under the section defense, there is a quote, and I quote; it states that "enlistment in the army is entirely voluntary." Now you have testified that the army asked you to join after your father's death.

The circumstances to say the least is [*sic*] highly unusual. In our opinion, military service, compulsory or otherwise, is a practice recognized internationally and does not per se constitute persecution.

Now the circumstances in which you were asked to join the army, show by your testimony that no violence was applied on you, as a matter of fact you had testified that you were asked to join politely by the authorities.

There is no evidence of persecution in this matter. In 1986, the documentary evidence show that Mr. Museveni and his forces were still fighting to gain control over the totality of the country, and it might well be possible that he tried to recruit as many people as possible to join his army.

But the country is stable now and there is no evidence in front of us to indicate that the conditions of 86 prevail today, and why you have a fear of being recruited by the army today.

Now Mr. Sheikl [*sic*], the question remains why the army would want to persecute you. The evidence before us shows that after your father's death the soldiers came. They did not arrest you.

When the soldiers came before, to take your father to identify the trucks they did not arrest you. There is no indication of mistreatment of you. Your fear that you will be killed by the authorities is in our opinion mere conjecture, and not plausible.

Now you believed it was a trick to kill you, that is why the soldiers wanted to join you . . . join the army. Now it makes no

conclusion du premier palier d'audience qu'il n'était pas un témoin crédible, si telle était la conclusion. De fait, il ne ressort pas clairement des motifs du premier palier d'audience que celui-ci a bien conclu au manque de crédibilité du demandeur, de sorte que son avocat a plaidé ce moyen à titre subsidiaire.

Le demandeur a déposé que lui et sa famille avaient finalement quitté l'Ouganda pour le Kenya quand ils en sont venus à croire que la National Resistance Army de l'Ouganda avait saisi et tué le père du demandeur, pour ensuite tenter de le contraindre à se joindre à l'armée, affirmant que des forces rebelles avaient tué son père et qu'il devrait s'enrôler pour venger celui-ci.

Dans ce cas, ce n'était pas les faits tels quels qui étaient mis en question mais plutôt les conclusions qu'on pouvait en tirer. Le premier palier d'audience a dit ce qui suit: (Dossier d'enquête, le 11 août 1989):

[TRADUCTION] Pour ce qui est de la conscription, on m'a référé à la Encyclopedia of the Third World, pièce P-5, à la section sur la défense, où on peut lire, et je cite «l'enrôlement dans les forces armées est entièrement volontaire». Vous avez déposé que l'armée vous a demandé de joindre ses rangs après la mort de votre père.

Les circonstances sont, pour le moins, très inusitées. À notre avis, le service militaire, obligatoire ou non, est une pratique reconnue internationalement, et elle n'est pas en elle-même assimilable à la persécution.

Or, votre déposition montre que les circonstances dans lesquelles on vous a demandé de vous enrôler ne s'accompagnaient d'aucune contrainte à votre égard; de fait, vous avez dit que les autorités vous ont demandé poliment de vous enrôler.

Il n'y a aucune preuve de persécution dans cette affaire. La preuve documentaire montre qu'en 1986, M. Museveni et ses forces combattaient encore pour obtenir le contrôle sur l'ensemble du pays, et il est bien possible qu'il ait essayé de recruter le plus de gens possible dans son armée.

Mais le pays est stable maintenant, et aucun élément de preuve ne nous porte à croire que les conditions existant en 1986 subsistent aujourd'hui, ni n'explique pourquoi vous craignez aujourd'hui d'être recruté dans l'armée.

M. Sheikl (*sic*), reste à savoir pourquoi l'armée voudrait vous persécuter. La preuve dont nous disposons montre qu'après la mort de votre père, les soldats se sont présentés. Ils ne vous ont pas arrêté.

Lorsque les soldats sont venus chercher votre père plus tôt, pour qu'il identifie les camions, ils ne vous ont pas arrêté. Il n'existe aucune preuve qu'ils vous aient maltraité. À notre sens, la crainte que vous avez d'être tué par les autorités repose sur une simple conjecture, et n'est pas plausible.

Vous avez cru qu'il s'agissait d'un truc pour vous tuer, que c'est dans ce but que les soldats voulaient vous recruter dans l'armée.

sense to us why the army wanted to kill you in the first place, and if they want to kill you why they would take this approach to recruit you, and then eliminate you.

Now there is no evidence to support who killed your father. There are no reports concerning his death, no eye witnesses, the behaviour of the government authorities contradicts the claim that these troops, the government troops intended to kill you.

So again I direct you again to the definition of the Immigration Act, section 48.01(6) [*sic*], and it is the opinion of the board member and I that there is not any credible basis for your claim that the refugee division might determine you to be a convention refugee.

As I interpret the panel's reasoning, it accepted the extrinsic facts as presented by the applicant but found the inferences he drew from those facts to be "mere conjecture, and not plausible." In my view, what the first-level tribunal thereby incorporated in the evidence were the inferences as well as the facts. It was not necessary for the panel to take the position it did with respect to the inferences, but since it chose to integrate facts and inferences, I find myself unable to say that it erred in so doing, and in the result there was in its opinion no credible or trustworthy evidence on the basis of which a second-level panel could have come to a conclusion favourable to the applicant.

I should also add that I do not interpret the panel's reference to the absence of past persecution as amounting to a requirement of past persecution to establish the objective element of his claim, viz. that his fear was well-founded, rather the panel was merely noting an absence of relevant evidence.

With respect to the conduct at the hearing of the applicant's counsel, who was designated for him in accordance with the Regulations, the argument was made that he fell asleep on three occasions during the hearing, twice during cross-examination and once during the reading of the decision.² It goes almost without saying that such

² The applicant was represented by new counsel before this Court.

Nous ne voyons pas pourquoi l'armée tiendrait à vous tuer, et si elle tenait à le faire, pourquoi elle essaierait de vous recruter d'abord, pour ensuite vous éliminer.

Il n'existe aucune preuve ayant trait à l'identité des assassins de votre père. Il n'y a aucun rapport sur sa mort, aucun témoin oculaire, le comportement des autorités gouvernementales contredit la prétention que ces troupes, les troupes du gouvernement, aient eu l'intention de vous tuer.

Ainsi donc, je vous renvoie de nouveau à la définition de la Loi sur l'immigration, paragraphe 48.01(6) [*sic*], et le membre de la commission et moi-même sommes d'avis que votre revendication n'a aucun minimum de fondement qui permettrait à la section du statut de réfugié de conclure que vous êtes un réfugié au sens de la Convention.

Si je comprends bien le raisonnement du premier palier d'audience, il a accepté les faits extrinsèques que lui a présenté le demandeur de statut, mais il a conclu que les inférences qu'il en tirait «repos[aient] sur une simple conjecture et n'[étaient] pas plausible[s]». À mon avis, le premier palier d'audience a ainsi incorporé dans la preuve aussi bien les inférences que les faits. Il n'avait pas à prendre la position qu'il a prise à l'égard des inférences, mais puisqu'il a choisi de les intégrer à la preuve aussi bien que les faits, je suis incapable de dire qu'il a commis une erreur en ce faisant, de sorte qu'à son avis, il n'existait aucun élément crédible ou digne de foi sur lequel le second palier d'audience aurait pu se fonder pour tirer une conclusion favorable au demandeur de statut.

Je dois aussi ajouter que je n'interprète pas l'allusion du premier palier d'audience à l'absence de persécution de l'appelant dans le passé comme exigeant ni plus ni moins la persécution antérieure pour lui permettre d'établir l'élément objectif de sa revendication de statut, c'est-à-dire de démontrer qu'il craint avec raison d'être persécuté; le premier palier d'audience ne faisait que souligner l'absence d'éléments de preuve pertinents.

Pour ce qui est du comportement à l'audience de l'avocat du demandeur de statut, qui lui a été désigné selon le Règlement, on a avancé qu'il s'est endormi à trois reprises, deux fois au cours du contre-interrogatoire et une fois au cours du prononcé de la décision². Il va sans dire qu'une telle conduite doit particulièrement préoccuper le tribu-

² Le demandeur de statut a été représenté devant cette Cour par un nouvel avocat.

conduct must be a matter of particular concern for a Court where a counsel is not of the applicant's choosing but designated. In *Strickland v. Washington*, 466 U.S. 668 (1984), the U.S. Supreme Court held that a criminal defendant was entitled to reasonably effective assistance from his counsel. Justice O'Connor said for the majority (at page 694):

The defendant must show that there is a reasonable probability that, but for counsel's unprofessional errors, the result of the proceeding would have been different. A reasonable probability is a probability sufficient to undermine confidence in the outcome.

Strickland was adopted by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Garofoli* (1988), 41 C.C.C. (3d) 97, at page 152.

The applicant argued that in the peculiar case of a sleeping counsel, it is not necessary that the person affected show that any prejudice has resulted: *Javor v. U.S.*, 724 F. 2d 831 (9th Circ., 1984). Circuit Judge Ferguson held as follows for the Court (at page 833):

Today we conclude that when an attorney for a criminal defendant sleeps through a substantial portion of the trial, such conduct is inherently prejudicial and thus no separate showing of prejudice is necessary.

I would be prepared to adopt such a holding, but I would emphasize that in any case where it was applied it would have to be based on a very precise factual foundation. In *Javor*, for example the appellate court had the advantage of just such a factual finding by a United States magistrate. After a hearing, the magistrate found (at page 832):

... that petitioner's trial counsel was asleep or dozing, and not alert to proceedings, during a substantial part of the trial of petitioner and his two co-defendants; that by reason thereof petitioner was not assisted by counsel at a substantial portion of the trial, including some occasions when evidence relevant to the prosecution case against defendant and very likely to his defense was being elicited and the participation of trial counsel (to observe witnesses, listen to testimony, consider the posing of objections, prepare cross-examination of witnesses, consider the preparation of rebuttal evidence, and prepare argument on such evidence) was proper; that such conduct was not usual or customary by defense counsel, but was, on the contrary, rare, if ever.

nal lorsqu'un avocat n'est pas le choix du demandeur mais lui a été désigné d'office. Dans l'arrêt *Strickland v. Washington*, 466 U.S. 668 (1984), la Cour suprême des États-Unis a statué qu'un défendeur au criminel avait droit à une assistance raisonnablement efficace de la part de son avocat. Le juge O'Connor a dit ce qui suit pour la majorité (à la page 694):

[TRADUCTION] Le défendeur doit démontrer qu'il est raisonnablement probable que n'était-ce des erreurs commises par son avocat par manque de professionnalisme, l'issue de l'instance aurait été différente. Une probabilité raisonnable est celle qui suffit à enlever confiance dans l'issue de l'action.

L'arrêt *Strickland* a été adopté par la Cour d'Appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. v. Garofoli* (1988), 41 C.C.C. (3d) 97, à la page 152.

Le demandeur a soutenu que dans le cas particulier d'un avocat endormi, la personne touchée n'a pas à prouver qu'elle a subi un préjudice; voir l'arrêt *Javor v. U.S.*, 724 F. 2d 831 (9th Circ., 1984). Le juge Ferguson, de la Circuit Court, a statué comme suit au nom de la Cour (à la page 833):

[TRADUCTION] Aujourd'hui nous concluons que lorsque l'avocat d'un défendeur au criminel dort pendant une partie considérable du procès, sa conduite est de ce fait même préjudiciable à son client, qui n'a pas à faire une autre preuve du préjudice subi.

Je serais disposé à adopter cette conclusion, mais je soulignerais que dans tous les cas où elle sera appliquée, elle devrait avoir pour fondement des faits très précis. Dans l'affaire *Javor*, par exemple, le tribunal d'appel avait l'avantage d'une telle conclusion de fait tirée par un magistrat américain. Après l'audience, le magistrat a conclu ce qui suit (à la page 832):

[TRADUCTION] ... que l'avocat du requérant dormait ou sommeillait, et ne portait pas attention à l'instance pendant une partie importante du procès du requérant et de ses deux co-défendeurs; qu'en raison de ce qui précède, le requérant n'a pas eu l'assistance d'un avocat pendant une partie considérable du procès, y compris quelques occasions au cours desquelles on présentait des éléments de preuve pertinents à l'action du ministère public contre le défendeur et très vraisemblablement à sa défense, et alors que s'imposait la participation de son avocat (pour observer les témoins, écouter les dépositions, envisager des objections, préparer le contre-interrogatoire des témoins, réfléchir à la préparation de la contre-preuve et décider d'une plaidoirie à ce sujet); qu'une telle conduite n'était pas normale ni habituelle de la part d'un avocat de la défense, mais était au contraire rare sinon sans précédent.

Given the possibility that a judgment of this kind could found either an action in negligence by the aggrieved client or disciplinary proceedings by the relevant law society, to say nothing of the general loss of reputation on the part of such a sleeping counsel, a Court would want to be sure that its conclusion was warranted before so pronouncing.

In the case at bar there are a number of references to the problem in the proceedings. One instance occurred on July 13, 1989 (at page 22):

ADJUDICATOR: And I find it extremely awkward, but I need . . . it appears that counsel is falling asleep if I can use the vernacular.

COUNSEL: I'm alright, go ahead.

ADJUDICATOR: It's just that it . . . you would recognize . . . that your client will be ill-served if . . .

COUNSEL: Yeah, alright.

ADJUDICATOR: I would, I would have preferred to be more tactful . . . but I just . . . just there was no other way for me to express this.

There was an earlier, more oblique reference, on July 13 (at page 10):

It appears that it is about two thirty and some members at this inquiry are . . . appeared to be tired, so maybe we can recess for a few minutes. This inquiry is recessed.

Another reference occurred on July 26, 1989:

ADJUDICATOR: Excuse me I'm sorry I think counsel appears to be dozing off. Are you alright Mr. . . .

COUNSEL: Fine, perfect.

A final occasion was during the reading of the decision on August 11, 1989:

PERSON CONCERNED: He wants to remind you, he was wondering if for his lawyer is attentive to what you are saying.

ADJUDICATOR: Yes, Mr. . . . appears, is attentive, alright.

This is certainly enough evidence to establish that there was a problem, but not the exact dimensions of the problem. The Adjudicator was alert, even if the counsel was not, and appears to have intervened relatively quickly on each occasion, thus possibly reducing the scope of the problem. In any event, it was open to the applicant to have filed an affidavit setting out that the presentation of his cause was substantially affected by his counsel's dereliction. There could then have been cross-examination on the affidavit, if necessary, or counter-affidavits. It was the applicant's choice as to how to proceed. He has chosen not to adduce any

Vu la possibilité qu'un jugement de la sorte puisse motiver soit une action pour négligence de la part du client lésé, soit des procédures disciplinaires de la part du barreau concerné, pour ne rien dire du tort causé à la réputation de l'avocat somnolent, le tribunal compétent tiendrait à s'assurer du bien-fondé de sa conclusion avant de la tirer.

En l'espèce, on fait plusieurs allusions au problème au cours des débats. Prenons par exemple ce qui s'est produit le 13 juillet 1989 (à la page 22):

[TRADUCTION] L'ARBITRE: Je trouve cela extrêmement délicat, mais il me faut . . . il semble que l'avocat est en train de s'endormir, si je puis user de cette expression.

L'AVOCAT: Je suis très bien, allez-y.

L'ARBITRE: C'est que . . . vous reconnaîtrez . . . que votre client sera desservi si . . .

L'AVOCAT: Ouais, ça va.

L'ARBITRE: J'aurais, j'aurais préféré agir avec plus de tact . . . mais il n'y avait tout simplement pas . . . tout simplement pas d'autre façon de le dire.

Il existe une allusion antérieure au problème, plus oblique, le 13 juillet (à la page 10):

[TRADUCTION] Il semble qu'il est environ deux heures trente et que certains membres de l'enquête sont . . . paraissent être fatigués, alors nous pouvons peut-être suspendre l'audience quelques minutes. L'enquête est suspendue.

On trouve une autre allusion au problème le 26 juillet 1989:

[TRADUCTION] L'ARBITRE: Excusez-moi, je suis désolé, mais je crois que l'avocat du demandeur semble roupiller. Vous sentez-vous bien, M. . . .

L'AVOCAT: Très bien, parfaitement bien.

Une dernière allusion a été faite au cours du prononcé de la décision le 11 août 1989:

LA PARTIE CONCERNÉE: Il veut vous rappeler, il se demande si son avocat est attentif à ce que vous dites.

L'ARBITRE: Oui, M. . . . semble être, il est bel et bien attentif.

Voilà sûrement suffisamment de preuves pour établir l'existence d'un problème, sans toutefois préciser son étendue. L'arbitre était attentif même si l'avocat ne l'était pas, et il semble être intervenu relativement vite à chaque occasion, limitant probablement de la sorte l'ampleur du problème. En tout état de cause, il était loisible au demandeur de déposer un affidavit exposant que la prévarication de son avocat avait considérablement nui à la conduite de son affaire. Cela aurait alors pu donner lieu à un contre-interrogatoire relativement à l'affidavit, si nécessaire, ou à des contre-affidavits. C'était au demandeur de décider comment

evidence on the issue, but to rely on four brief references in the proceedings, references from which only the existence but not the dimensions of the problem can be deduced. He cannot therefore be surprised that a Court does not find in his favour on the evidence before it.

In the result the section 28 application must be dismissed.

IACOBUCCI C.J.: I agree.

DESJARDINS J.A.: I concur.

a procéder. Il a décidé de ne produire aucune preuve relative à cette question, mais plutôt de s'appuyer sur quatre brèves allusions au cours des débats, allusions qui ne permettent de déduire que l'existence du problème et non pas ses dimensions. Il ne peut donc pas être étonné que la Cour ne se prononce pas en sa faveur en se fondant simplement sur la preuve dont elle dispose.

b Conséquemment, la demande fondée sur l'article 28 doit être rejetée.

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

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

A-479-89

A-479-89

Vahe Salibian (*Applicant*)

v.

Minister of Employment and Immigration (*Respondent*)

and

Attorney General of Canada (*Mis-en-cause*)*INDEXED AS: SALIBIAN v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (C.A.)*

Court of Appeal, Hugessen, MacGuigan and Décarry, J.J.A.—Montréal, May 17; Ottawa, May 24, 1990.

Immigration — Refugee status — S. 28 application to review Refugee Division decision dismissing claim to refugee status as lacking credible basis — Definition of "Convention refugee" — Applicant, citizen of Lebanon, testified feared persecution as Armenian and Christian — Claim dismissed on finding applicant not personally target of persecution but victim same as all other Lebanese citizens — Refugee Division erred in requiring applicant to show personally target of reprehensible acts directed against him in particular — Did not have to show persecuted in past or would be persecuted in future — Claimant can show fear resulting from reprehensible acts committed or likely to be committed against members of groups to which belonged (Christians and Armenians) — Civil war not obstacle to claim provided fear not that felt indiscriminately by all citizens, but by claimant himself, by a group with which associated or even by all citizens due to risk of persecution based on one of the reasons stated in Convention refugee definition — Fear felt must be of reasonable possibility claimant will be persecuted if returns to country of origin.

Federal Court jurisdiction — Appeal Division — Immigration — Claim to refugee status — Whether jurisdiction in F.C.A. to review Refugee Division decision applicant not refugee and finding claim lacked credible basis — Immigration Act, s. 82.3 permitting appeal to F.C.A. except where, as here, claim found to lack credible basis — Judicial review normally excluded where appeal available — Privative clauses interpreted strictly, especially where matter of such importance to individual — Unacceptable Refugee Division could exclude judicial review by indicating claim lacking credible basis — Legislation expressly preserving power of review —

Vahe Salibian (*requérant*)

c.

Ministre de l'Emploi et de l'Immigration (*intimé*)

et

Procureur général du Canada (*mis en cause*)*RÉPERTORIÉ: SALIBIAN 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 mai; Ottawa, 24 mai 1990.

Immigration — Statut de réfugié — Demande fondée sur l'art. 28 visant la révision d'une décision par laquelle la section du statut de réfugié a rejeté une revendication du statut de réfugié pour le motif que celle-ci n'avait pas un minimum de fondement — Définition de l'expression «réfugié au sens de la Convention» — Le requérant, qui est citoyen du Liban, a témoigné qu'il craignait d'être persécuté parce qu'il est arménien et chrétien — La revendication a été rejetée pour le motif que le requérant n'était pas personnellement visé par la persécution mais était victime au même titre que tous les autres citoyens libanais — La section du statut de réfugié a commis une erreur en exigeant que le requérant prouve qu'il était personnellement visé par des actes répréhensibles dirigés particulièrement contre lui — Il n'avait pas à prouver qu'il avait été persécuté dans le passé ou le serait à l'avenir — Le requérant peut prouver que la crainte résulte d'actes répréhensibles commis ou susceptibles d'être commis à l'égard des membres de groupes auxquels il appartenait (chrétiens et arméniens) — Une situation de guerre civile ne fait pas obstacle à la revendication pourvu que la crainte entretenue ne soit pas celle entretenue indistinctement par tous les citoyens, mais celle entretenue par le requérant lui-même, par un groupe auquel il est associé ou même par tous les citoyens en raison d'un risque de persécution fondé sur l'un des motifs énoncés dans la définition de l'expression «réfugié au sens de la Convention» — La crainte entretenue est celle d'une possibilité raisonnable que le requérant soit persécuté s'il retournait dans son pays d'origine.

Compétence de la Cour fédérale — Section d'appel — Immigration — Revendication du statut de réfugié — La C.A.F. a-t-elle la compétence voulue pour réviser une décision par laquelle la section du statut de réfugié a jugé que le requérant n'était pas un réfugié, et a conclu que la revendication n'avait pas un minimum de fondement? — L'art. 82.3 de la Loi sur l'immigration permet d'interjeter appel à la C.A.F. sauf lorsque, comme en l'espèce, il a été jugé que la revendication n'avait pas un minimum de fondement — Le recours au contrôle judiciaire est normalement exclu lorsqu'il est possible d'interjeter appel — Les clauses privatives sont interprétées de façon stricte, tout spécialement lorsqu'il s'agit d'une question aussi importante pour un particulier — Il est inacceptable que la section du statut de réfugié puisse écarter tout contrôle

As jurisdiction in Court to review finding of no credible basis at initial stage, legislator would not have intended to exclude review of similar decision at second stage.

judiciaire en indiquant que la revendication n'avait pas un minimum de fondement — La loi préserve expressément le pouvoir de contrôle — Comme la Cour a le pouvoir de réviser au stade de la première étape un jugement selon lequel il n'y avait pas un minimum de fondement, le législateur n'aurait pas eu l'intention d'exclure la révision d'une décision semblable au stade de la deuxième étape.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 28, 29 (as am. by R.S.C., 1985, (4th Supp.), c. 51, s. 12).
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 2(1) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1), 69.1(12) (as enacted *idem*, s. 18), 82.1 (as enacted *idem*, s. 19), 82.3 (as enacted *idem*).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Rich Colour Prints Ltd. v. Deputy Minister of National Revenue, [1984] 2 F.C. 246; (1984), 60 N.R. 235 (C.A.);
Re Wah Shing Television Ltd. et al. and Canadian Radio-television and telecommunications Commission et al. (1984), 14 D.L.R. (4th) 425 (F.C.T.D.); *Cathay International Television Inc. v. Canadian Radio-television and telecommunications Commission* (1987), 15 C.P.R. (3d) 417; 80 N.R. 117 (F.C.A.); *Mojica v. Minister of Manpower and Immigration*, [1977] 1 F.C. 458; (1976), 14 N.R. 162 (C.A.); *Seifu v. Immigration Appeal Board*, A-277-82, Pratte J.A., judgment dated 12/1/83, F.C.A., not reported; *Adjei v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 2 F.C. 680; (1989), 57 D.L.R. 153 (C.A.); *Darwich v. Minister of Manpower and Immigration*, [1979] 1 F.C. 365; (1978), 25 N.R. 462 (C.A.); *Rajudeen v. Minister of Employment and Immigration* (1984), 55 N.R. 129 (C.A.).

AUTHORS CITED

Hathaway J. *The Law of Refugee Status*, "The Determination of Refugee Claims Grounded in Generalized Oppression", to be published by Butterworths and Co. (Canada) Ltd.

COUNSEL:

Denis Buron for applicant.
Joanne Granger for respondent.

SOLICITORS:

St-Pierre, Buron et Associés, Montréal, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28, 29 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), chap. 51, art. 12).
Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 2(1) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), chap. 28, art. 1), 69.1(12) (édicte, *idem*, art. 18), 82.1 (édicte, *idem*, art. 19), 82.3 (édicte, *idem*).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Rich Colour Prints Ltd. c. Sous-ministre du Revenu national, [1984] 2 C.F. 246; (1984), 60 N.R. 235 (C.A.);
Re Wah Shing Television Ltd. et al. et Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes et autres (1984), 14 D.L.R. (4th) 425 (C.F. 1^{re} inst.);
Cathay International Television Inc. c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (1987), 15 C.P.R. (3d) 417; 80 N.R. 117 (C.A.F.);
Mojica c. Le ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration, [1977] 1 C.F. 458; (1976), 14 N.R. 162 (C.A.);
Seifu c. Commission d'appel de l'immigration, A-277-82, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 12-1-83, C.A.F., non publié; *Adjei c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 2 C.F. 680; (1989), 57 D.L.R. 153 (C.A.); *Darwich c. Le ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1979] 1 C.F. 365; (1978), 25 N.R. 462 (C.A.); *Rajudeen c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1984), 55 N.R. 129 (C.A.).

g

DOCTRINE

Hathaway J. *The Law of Refugee Status*, «The Determination of Refugee Claims Grounded in Generalized Oppression», à paraître chez Butterworths and Co. (Canada) Ltd.

h

AVOCATS:

Denis Buron pour le requérant.
Joanne Granger pour l'intimé.

i

PROCUREURS:

St-Pierre, Buron et Associés, Montréal, pour le requérant.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

j

The following is the English version of the reasons for judgment rendered by

DÉCARY J.A.: The application made to this Court under section 28 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] raises two questions, one as to the jurisdiction of this Court, and the other, if applicable, as to interpretation of the definition of a Convention refugee.

The applicant has claimed refugee status. The Refugee Division concluded that the applicant was not a refugee and that his claim lacked a credible basis. In accordance with the requirements of subsection 69.1(12) of the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18)] ("the Act"), it indicated this latter conclusion in its decision.

As the applicant has no right of appeal to this Court under the actual language of subsection 82.3(2) [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19] of the Act, he relied on subsection 82.1(1) [as enacted *idem*] of the Act in asking this Court for leave to have the decision of the Refugee Division reviewed under section 28 of the *Federal Court Act*.

JURISDICTION OF THIS COURT

In granting the application for leave my brother Pratte J.A. added the following qualification:

This order is made on the assumption, without deciding the point, that the decision the applicant wishes to challenge may be the subject of an appeal under section 28 of the *Federal Court Act*, despite subsection 83.3(1) of the *Immigration Act* (now subsection 82.3(2)); this question will have to be decided by the Court when it decides on the section 28 application.

In her submission counsel for the Attorney General of Canada conceded that this Court has jurisdiction, but such a concession on a point of law, and in particular on the question of jurisdiction, cannot be binding on the Court or enable it to avoid proceeding further with the point.

The relevant legislative provisions are as follows:

Immigration Act, subsections 69.1(12), 82.1(1) and 82.3(1) and (2) [as enacted *idem*]:

69.1 ...

Voici les motifs du jugement rendu en français par

LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: Cette demande qui nous est soumise en vertu de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), chap. F-7] soulève deux questions, l'une, de compétence de cette Cour, l'autre, le cas échéant, d'interprétation de la définition de réfugié au sens de la Convention.

Le requérant a revendiqué le statut de réfugié. La section du statut a conclu que le requérant n'était pas un réfugié et que sa revendication n'avait pas un minimum de fondement. Conformément aux exigences du paragraphe 69.1(12) de la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), chap. I-2 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), chap. 28, art. 18)] («la Loi»), elle a fait état dans sa décision de cette dernière conclusion.

Le requérant n'ayant point de droit d'appel à cette Cour en raison des termes mêmes du paragraphe 82.3(2) [édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), chap. 28, art. 19] de la Loi, il s'est appuyé sur le paragraphe 82.1(1) [édicte, *idem*] de la Loi pour demander à cette Cour l'autorisation de faire réviser la décision de la section du statut en vertu de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

f LA COMPÉTENCE DE CETTE COUR

En accordant la requête en autorisation, mon collègue le juge Pratte de la Cour d'appel, avait ajouté la réserve suivante:

Cette ordonnance est rendue en prenant pour acquis, sans le décider, que la décision que le requérant veut attaquer peut faire l'objet d'un pourvoi en vertu de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* malgré le paragraphe 83.3(1.1) de la *Loi sur l'immigration* (maintenant le paragraphe 82.3(2)); cette question devra être jugée par la Cour lorsqu'elle décidera la demande en vertu de l'article 28.

Dans son mémoire, la représentante du Procureur général du Canada a concédé que cette Cour avait compétence, concession qui, sur un point de droit et, surtout, de compétence, ne saurait toutefois lier la Cour ni lui permettre de ne pas se pencher plus en profondeur sur la question.

Je rappelle les dispositions législatives pertinentes:

Loi sur l'immigration, paragraphes 69.1(12), 82.1(1), 82.3(1) et 82.3(2) [édicte, *idem*]:

69.1 ...

(12) If the Refugee Division determines that a claimant is not a Convention refugee and does not have a credible basis for the claim to be a Convention refugee, the Refugee Division shall so indicate in its decision on the claim.

82.1 (1) An application or other proceeding may be commenced under section 18 or 28 of the *Federal Court Act* with respect to any decision or order made, or any other matter arising, under this Act or the rules or regulations only with leave of a judge of the Federal Court — Trial Division or the Federal Court of Appeal, as the case may be.

82.3 (1) An appeal lies to the Federal Court of Appeal with leave of a judge of that Court from a decision of the Refugee Division under section 69.1 on a claim or under section 69.3 on an application, on the ground that the Division

(a) failed to observe a principle of natural justice or otherwise acted beyond or refused to exercise its jurisdiction;

(b) erred in law in making its decision, whether or not the error appears on the face of the record; or

(c) based its decision or order on an erroneous finding of fact that it made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it.

(2) Notwithstanding subsection (1), no appeal lies to the Federal Court of Appeal from a decision of the Refugee Division under section 69.1 on a claim, if the Refugee Division, pursuant to subsection 69.1(12), has indicated in the decision that the claimant has no credible basis for the claim.

Federal Court Act, subsection 28(1) and section 29 [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 51, s. 12]:

28. (1) Notwithstanding section 18 or the provisions of any other Act, the Court of Appeal has jurisdiction to hear and determine an application to review and set aside a decision or order, other than a decision or order of an administrative nature not required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis, made by or in the course of proceedings before a federal board, commission or other tribunal, on the ground that the board, commission or tribunal

(a) failed to observe a principle of natural justice or otherwise acted beyond or refused to exercise its jurisdiction;

(b) erred in law in making its decision or order, whether or not the error appears on the face of the record; or

(c) based its decision or order on an erroneous finding of fact that it made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it.

29. Notwithstanding sections 18 and 28, where provision is expressly made by an Act of Parliament for an appeal as such to the Court, to the Supreme Court, to the Tax Court of Canada, to the Governor in Council or to the Treasury Board

(12) Si elle conclut que le demandeur n'est pas un réfugié au sens de la Convention et que la revendication de celui-ci n'a pas un minimum de fondement, la section du statut en fait état dans sa décision.

82.1 (1) L'introduction d'une instance aux termes des articles 18 ou 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* ne peut, pour ce qui est des décisions ou ordonnances rendues ou mesures prises dans le cadre de la présente loi ou de ses textes d'application — règlements ou règles — ou de toute question soulevée dans ce cadre, se faire qu'avec l'autorisation d'un juge de la Section de première instance de la Cour fédérale ou de la Cour d'appel fédérale, selon le cas.

82.3 (1) Les décisions rendues par la section du statut, en matière de revendications et de demandes, aux termes des articles 69.1 et 69.3 respectivement, peuvent avec l'autorisation d'un juge de la Cour d'appel fédérale être portées en appel devant celle-ci au motif que la section:

a) soit n'a pas observé un principe de justice naturelle ou a de quelque autre manière outrepassé sa compétence ou refusé de l'exercer;

b) soit a rendu une décision entachée d'une erreur de droit, que celle-ci soit manifeste ou non au vu du dossier;

c) soit a fondé sa décision sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon absurde ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont elle disposait.

(2) Par dérogation au paragraphe (1), la décision de la section du statut rendue, en matière de revendication, aux termes de l'article 69.1 n'est pas susceptible d'appel à la Cour d'appel fédérale s'il y est fait état, dans le cadre du paragraphe 69.1(12), du fait que la revendication du demandeur n'avait pas un minimum de fondement.

Loi sur la Cour fédérale, paragraphe 28(1) et article 29 [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), chap. 51, art. 12]:

28. (1) Malgré l'article 18 ou les dispositions de toute autre loi, la Cour d'appel est compétente pour les demandes de révision et d'annulation d'une décision ou ordonnance—exception faite de celles de nature administrative résultant d'un processus n'ayant légalement aucun caractère judiciaire ou quasi judiciaire—rendue par un office fédéral ou à l'occasion de procédures en cours devant cet office au motif que celui-ci, selon le cas:

a) n'a pas observé un principe de justice naturelle ou a de quelque autre manière outrepassé sa compétence ou refusé de l'exercer;

b) a rendu une décision ou une ordonnance entachée d'une erreur de droit, que celle-ci soit manifeste ou non au vu du dossier;

c) a fondé sa décision ou son ordonnance sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont il dispose.

29. Par dérogation aux articles 18 et 28, lorsqu'une loi fédérale prévoit expressément qu'il peut être interjeté appel, devant la Cour fédérale, la Cour suprême, la Cour canadienne de l'impôt, le gouverneur en conseil ou le Conseil du Trésor,

from a decision or order of a federal board, commission or other tribunal made by or in the course of proceedings before that board, commission or tribunal, that decision or order is not, to the extent that it may be so appealed, subject to review or to be restrained, prohibited, removed, set aside or otherwise dealt with, except to the extent and in the manner provided for in that Act.

To my knowledge this is the first time that the question has been raised of this Court's jurisdiction to review under section 28 of the *Federal Court Act* a decision of the Refugee Division which, according to the very wording of subsection 82.3(2) of the *Immigration Act*, is not appealable to this Court. The question is of even greater interest as the grounds of appeal stated in subsection 82.3(1) of the Act are the very ones in all respects set forth as reasons for review in section 28 of the *Federal Court Act*.¹

In view of section 29 of the *Federal Court Act* and the judgment of this Court in *Rich Colour Prints Ltd. v. Deputy Minister of National Revenue*, [1984] 2 F.C. 246, it is clear that in establishing a right of appeal to this Court for the same reasons as those given in section 28 of the *Federal Court Act*, the legislator has precluded the review proceeding contained in the same section (see also *Re Wah Shing Television Ltd. et al. and Canadian Radio-television and telecommunications Commission et al.* (1984), 14 D.L.R. (4th) 425 (F.C.T.D.); *Cathay International Television Inc. v. Canadian Radio-television and telecommunications Commission* (1987), 15 C.P.R. (3d) 417 (F.C.A.); *Mojica v. Minister of Manpower and Immigration*, [1977] 1 F.C. 458 (C.A.)).

The question that arises is whether by, as soon as it was granted, withdrawing this right of appeal in cases covered by subsection 69.1(12) of the Act, the legislator revived the proceeding of review for this particular case. If in the case at bar we had only subsections 82.3(1) and (2) of the Act, it could be argued that the legislator intended to

¹ Note: I note that the English wording of the grounds stated in subsections 82.3(1) and 28(1) above are identical, but the French wording contains a discrepancy, in paragraph (c), where the word "perverse" is rendered in one case by "absurde" and in the other by "abusive". This would appear to be a stylistic discrepancy due probably to a failure to check the official versions of the legislation in question against each other.

d'une décision ou ordonnance d'un office fédéral rendue à tout stade des procédures, cette décision ou ordonnance ne peut, dans la mesure où elle est susceptible d'un tel appel, faire l'objet de révision, de restriction, de prohibition, d'évocation, d'annulation ni d'aucune autre intervention, sauf dans la mesure et de la manière prévues dans cette loi.

C'est la première fois, à ma connaissance, que se soulève la question de la compétence de cette Cour de réviser, par le biais de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, une décision de la section du statut qui, de par les termes mêmes du paragraphe 82.3(2) de la *Loi sur l'immigration*, n'est pas susceptible d'appel à cette Cour. La question est d'autant plus intéressante que les motifs d'appel énoncés au paragraphe 82.3(1) de la Loi sont ceux-là mêmes, en tous points, qui sont énoncés comme motifs de révision à l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*¹.

Vu l'article 29 de la *Loi sur la Cour fédérale* et l'arrêt de cette Cour dans *Rich Colour Prints Ltd. c. Sous-ministre du Revenu national*, [1984] 2 C.F. 246, il est clair qu'en établissant en l'espèce un droit d'appel à cette Cour pour les mêmes motifs que ceux énoncés à l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, le législateur a écarté le recours en révision prévu par ce même article (voir également, *Re Wah Shing Television Ltd. et al. et Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes et autres* (1984), 14 D.L.R. (4th) 425 (C.F. 1^{re} inst.); *Cathay International Television Inc. c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes* (1987), 15 C.P.R. (3d) 417 (C.A.F.); *Mojica c. Le ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1977] 1 C.F. 458 (C.A.)).

La question qui se pose est de déterminer si, en retirant, sitôt accordé, ce droit d'appel dans le cas visé au paragraphe 69.1(12) de la Loi, le législateur a fait renaître le recours en révision pour ce cas particulier. S'il n'y avait, en l'espèce, que les paragraphes 82.3(1) et 82.3(2) de la Loi, l'on pourrait prétendre que le législateur a voulu enle-

¹ Note: Je constate que les textes anglais des motifs énoncés aux paragraphes 82.3(1) et 28(1) susdits sont identiques, mais que les textes français contiennent une variante, à l'alinéa c), où le mot «perverse» est rendu, dans un cas, par «absurde» et dans l'autre, par «abusive». C'est là, me semble-t-il, une variante de style imputable, vraisemblablement, à un défaut de concordance lors de l'établissement des textes officiels des lois en cause.

remove any right of appeal or review in cases covered by subsection 69.1(12): by using for the appeal the same grounds it used for review, thereby precluding in accordance with section 29 of the *Federal Court Act* any possibility of review, the legislator could have placed “appeal” and “review” on the same footing for the purposes of subsections 82.3(1) and (2) of the Act, and have successively ruled out, for cases covered by subsection 69.1(12) of the Act, first review and then appeal.

However, when the question is one of precluding this Court’s general jurisdiction to review certain decisions of the government, and especially when it is a question, as would be the case here if this Court lacks jurisdiction, of precluding any possibility of judicial review of a decision so important for human rights as that made by the Refugee Division, I consider that this Court must interpret any provision tending to preclude any form of judicial review as strictly as possible. Additionally, I note that in the case at bar all the Refugee Division has to do is indicate in its decision that the claim has no credible basis in order to exempt itself from any judicial review. That would be to create such an arbitrary power in immigration matters that I could only resign myself to recognizing it if the legislator had indicated its intent in clear language which was not open to even the remotest possibility of a contrary interpretation, and in that case the provisions 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]] might in any event come to the assistance of a person who was the victim of such arbitrary action.

There are two reasons in the case at bar why I think this was not or could not have been the legislator’s intent. First, in section 82.1 of the Act the legislator has referred to “An application or other proceeding [which] may be commenced under section 18 or 28 of the *Federal Court Act*” and it can be assumed that having thus expressly preserved the Federal Court’s power of review in general terms, the legislator would expressly have excluded it two sections below if that had been its

ver tout recours d’appel ou de révision dans le cas visé au paragraphe 69.1(12): en utilisant, pour l’appel, les mêmes motifs que ceux qu’il utilisait pour la révision, faisant ainsi disparaître par le jeu de l’article 29 de la *Loi sur la Cour fédérale* toute possibilité de révision, le législateur pourrait en effet avoir placé sur le même pied, pour les fins des paragraphes 82.3(1) et 82.3(2) de la Loi, «appel» et «révision» et avoir écarté successivement, pour les cas visés au paragraphe 69.1(12) de la Loi, la révision d’abord, l’appel ensuite.

Toutefois, lorsqu’il s’agit d’écarter la compétence générale de révision de cette Cour à l’égard de certaines décisions de l’administration et, surtout, lorsqu’il s’agit, comme ce serait le cas en l’espèce si cette Cour n’avait pas compétence, de soustraire à toute possibilité de contrôle judiciaire une décision aussi importante pour les droits d’une personne que celle rendue par la section du statut, je suis d’avis que cette Cour doit interpréter le plus strictement possible toute disposition tendant à écarter tout contrôle judiciaire. Je note par ailleurs qu’en l’espèce il suffirait que la section du statut fasse elle-même état, dans sa décision, du fait que la revendication n’a pas un minimum de fondement, pour se soustraire d’elle-même à tout contrôle judiciaire. Ce serait là créer, en matière d’immigration, un pouvoir tellement arbitraire que je ne saurais me résigner à le reconnaître que si le législateur s’était exprimé en termes clairs et non susceptibles de quelque possibilité même lointaine d’interprétation contraire, auquel cas, peut-être, les dispositions 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]] viendraient de toute façon au secours de la personne victime de cet arbitraire.

En l’espèce, deux raisons m’amènent à croire que telle n’a pas été ou que telle n’a pu être l’intention du législateur. D’abord, à l’article 82.1 de la Loi, le législateur a référé à «l’introduction d’une instance aux termes des articles 18 et 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*» et il est permis de croire qu’ayant ainsi expressément préservé, de façon générale, le pouvoir de contrôle de la Cour fédérale, il l’aurait expressément exclu deux articles plus loin si telle avait été son intention.

intention. Then, as this Court has jurisdiction to review at the initial stage the conclusion arrived at by the adjudicator and the member of the Refugee Division that a claim has no credible basis (section 46.02 [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14] of the Act), it would seem to say the least surprising, in the absence of any clear indication by the legislator, that the possibility of an application for review is no longer recognized when, at the second stage, the Refugee Division, reversing the conclusion of the first instance tribunal, concludes that the claim does not have a credible basis.

I therefore consider that this Court has jurisdiction under section 28 of the *Federal Court Act* and subsection 82.1(1) of the *Immigration Act* to review the decision of the Refugee Division even when this is not subject to appeal to this Court under the language of subsection 82.3(2) of the *Immigration Act*.

In view of the conclusion I have arrived at on this first point, it will be necessary to consider the second one.

DEFINITION OF CONVENTION REFUGEE

I would first note the definition of "Convention refugee" as it is given in subsection 2(1) [as am., *idem*, s. 1] of the *Immigration Act*:

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),

In the case at bar the applicant, a citizen of Lebanon, claimed Convention refugee status on the ground that he had reason to fear being persecuted because of the reasons stated in the above definition. His testimony, which was not ques-

Ensuite, cette Cour ayant compétence pour réviser, au stade de la première étape, la conclusion à laquelle en arrive le tribunal d'accès à l'effet qu'une revendication n'a pas un minimum de fondement (article 46.02 [édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), chap. 28, art. 14] de la Loi), il m'apparaîtrait à tout le moins étonnant, en l'absence d'indication contraire du législateur, que la possibilité d'une demande de révision ne soit plus recon- nue lorsque, au stade de la deuxième étape, la section du statut, renversant la conclusion du tribunal d'accès, conclut que la revendication n'a pas un minimum de fondement.

Je suis donc d'avis que cette Cour a compétence, en vertu de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* et du paragraphe 82.1(1) de la *Loi sur l'immigration*, pour réviser la décision de la section du statut quand bien même celle-ci n'est pas susceptible d'appel à cette Cour selon les termes du paragraphe 82.3(2) de la *Loi sur l'immigration*.

Vu la conclusion à laquelle j'en arrive sur cette première question, il y a lieu de se pencher sur la deuxième.

LA DÉFINITION DE RÉFUGIÉ AU SENS DE LA CONVENTION

Je rappelle d'abord la définition de «réfugié au sens de la Convention» telle qu'elle apparaît au paragraphe 2(1) [mod., *idem*, art. 1] de la *Loi sur l'immigration*:

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) qui n'a pas perdu son statut de réfugié au sens de la Convention en application du paragraphe (2).

En l'espèce, le requérant, un citoyen du Liban, a revendiqué le statut de réfugié au sens de la Convention au motif qu'il craignait avec raison d'être persécuté à cause des motifs énoncés dans la définition susdite. Son témoignage, qui n'a pas été mis

tioned by the Refugee Division, and the summary provided by the hearing officer, which the Division adopted, indicate that the applicant is Armenian and a Christian and has been the subject of various incidents connected with the fact of being Armenian and a Christian. After relating these incidents, the Division rendered the following decision:

According to his testimony his fear results from barriers, from these various incidents, from his religion, from his social group, from his political opinions, from his race and from his nationality. Mr. Salibian's political opinions are to be neutral and, according to his testimony, Armenian Christians are neutral and this facilitates their contacts with West Beirut, which makes them envied by persons in East Beirut and even questioned at barriers because of their neutrality, religion and place of birth, but this happens to everyone.

We listened carefully to the plaintiff's testimony and studied the documents provided. In general we do not doubt the facts put forward, although there are some contradictions. We consider that nothing in the testimony inclines us to think that the plaintiff himself was personally a target of various groups. He was the victim of reprehensible actions but these cannot be regarded as having been directed against him in particular.

At the present time there is in Lebanon a conflict — we would even say conflicts — which disrupt the lives of all Lebanese citizens. The plaintiff is a victim just as are all other Lebanese citizens. We would add that we are aware of the situation existing in Lebanon, as reported in the documents submitted to us and in the testimony, and we understand that after going through the situations which have been described the plaintiff would like to begin a normal life again, but we are bound by an Act which we must apply and which contains in specific wording the definition of what a Convention refugee is.

We have to arrive at the conclusion that the plaintiff does not meet the criteria contained in that definition. Further, we consider that your application lacks a credible basis. Accordingly, your claim to refugee status is dismissed in accordance with s. 2(1) of the *Immigration Act*. [My emphasis.]

In short, the Division concluded that for the plaintiff to be eligible for refugee status he had to be personally a target of reprehensible acts directed against him in particular. The Division further concluded, despite evidence that the plaintiff was a victim of these acts in his capacity not as a Lebanese citizen but as an Armenian and Christian Lebanese citizen, that the plaintiff was "a victim in the same way as all other Lebanese citizens are". This in my opinion is an error of law, in the first case, and an erroneous conclusion of fact in the second, drawn without taking into account the factual evidence available to the Division. This

en doute par la section du statut, et le sommaire présenté par l'agent d'audition, que la section a fait sien, indiquent que le requérant est arménien et chrétien et qu'il a vécu divers incidents reliés au fait qu'il était arménien et chrétien. Après avoir relaté ces incidents, la section a rendu la décision que voici:

Selon son témoignage, sa crainte provient des barrages, de ces différents incidents, de sa religion, de son groupe social, de ses opinions politiques, de sa race et de sa nationalité. Les opinions politiques de monsieur Salibian sont d'être neutre et, selon son témoignage, les Arméniens chrétiens sont neutres et cela facilite leurs contacts dans Beyrouth-Ouest, tout en étant enviés par les personnes de Beyrouth-Est et même questionnés aux barrages à cause de leur neutralité, de leur religion, du lieu de naissance, mais ce comme tous les autres.

Nous avons écouté attentivement le témoignage du demandeur et étudié les documents fournis. Nous ne mettons pas généralement en doute les faits qui ont été rapportés, bien qu'il y ait quelques contradictions. Nous considérons que rien dans le témoignage ne nous incite à croire que le demandeur lui-même, personnellement, ait été visé par des groupes adverses. Il a été victime d'actes répréhensibles mais qui ne peuvent être considérés comme ayant été dirigés particulièrement contre lui.

Il y a présentement au Liban un conflit, nous dirions même des conflits, qui perturbent la vie de tout citoyen libanais. Le demandeur est victime au même titre que tous les autres citoyens libanais. Nous ajouterons que nous sommes conscients de la situation qui prévaut au Liban, telle que rapportée dans les documents qui nous ont été présentés ainsi que dans le témoignage, et nous comprenons qu'après avoir subi les situations qui ont été décrites, le demandeur désire refaire une vie normale, mais nous sommes liés par une loi que nous devons appliquer et qui contient textuellement la définition de ce qu'est un réfugié au sens de la Convention.

Nous devons arriver à la conclusion que le demandeur ne rencontre pas les critères contenus dans cette définition. De plus, nous considérons que votre demande n'a pas de minimum de fondement. Par conséquent, votre revendication du statut de réfugié est rejetée, selon l'article 2(1) de la *Loi sur l'immigration*. [Mes soulignements.]

Bref, la section a conclu que pour être admissible au statut de réfugié, il fallait que le demandeur soit personnellement visé par des actes répréhensibles dirigés particulièrement contre lui. La section a de plus conclu, en dépit de la preuve à l'effet que le demandeur était victime de ces actes en sa qualité non pas de citoyen libanais mais de citoyen libanais arménien et chrétien, que le demandeur était «victime au même titre que tous les autres citoyens libanais». Il s'agit là, à mon avis, d'une erreur de droit, dans le premier cas, et d'une conclusion de fait erronée, dans le second cas, tirée sans tenir compte des éléments de fait dont la

error of fact is especially significant in the context of the error of law.

It can be said in light of earlier decisions by this Court on claims to Convention refugee status that

(1) the applicant does not have to show that he had himself been persecuted in the past or would himself be persecuted in the future;

(2) the applicant can show that the fear he had resulted not from reprehensible acts committed or likely to be committed directly against him but from reprehensible acts committed or likely to be committed against members of a group to which he belonged;

(3) a situation of civil war in a given country is not an obstacle to a claim provided the fear felt is not that felt indiscriminately by all citizens as a consequence of the civil war, but that felt by the applicant himself, by a group with which he is associated, or, even, by all citizens on account of a risk of persecution based on one of the reasons stated in the definition; and

(4) the fear felt is that of a reasonable possibility that the applicant will be persecuted if he returns to his country of origin (see *Seifu v. Immigration Appeal Board*, A-277-82, Pratte J.A., judgment dated 12/1/83, F.C.A., not reported, cited in *Adjei v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 2 F.C. 680 (C.A.), at page 683; *Darwich v. Minister of Manpower and Immigration*, [1979] 1 F.C. 365 (C.A.); *Rajudeen v. Minister of Employment and Immigration* (1984), 55 N.R. 129 (C.A.), at pages 133 and 134).

The impugned decision falls squarely within the line of authority described by Prof. Hathaway² as follows:

In view of the probative value of the experiences of persons similarly situated to a refugee claimant, it is ironic that Canadian courts historically have shown a marked reluctance to recognize the claims of persons whose apprehension of risk is

² In a chapter titled "The Determination of Refugee Claims Grounded in Generalized Oppression", included in a text titled *The Law of Refugee Status*, to be published shortly by Butterworths and Co. (Canada) Ltd. with the aid of the Canadian Law Information Council.

section disposait. Cette erreur de fait prend tout son sens dans le contexte de l'erreur de droit.

À la lumière de la jurisprudence de cette Cour relative à la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention, il est permis d'affirmer

1) que le requérant n'a pas à prouver qu'il avait été persécuté lui-même dans le passé ou qu'il serait lui-même persécuté à l'avenir,

2) que le requérant peut prouver que la crainte qu'il entretenait résultait non pas d'actes répréhensibles commis ou susceptibles d'être commis directement à son égard, mais d'actes répréhensibles commis ou susceptibles d'être commis à l'égard des membres d'un groupe auquel il appartenait,

3) qu'une situation de guerre civile dans un pays donné ne fait pas obstacle à la revendication pourvu que la crainte entretenue soit non pas celle entretenue indistinctement par tous les citoyens en raison de la guerre civile, mais celle entretenue par le requérant lui-même, par un groupe auquel il est associé ou, à la rigueur, par tous les citoyens en raison d'un risque de persécution fondé sur l'un des motifs énoncés dans la définition, et

4) que la crainte entretenue est celle d'une possibilité raisonnable que le requérant soit persécuté s'il retournait dans son pays d'origine (voir: *Seifu c. Commission d'appel de l'immigration*, A-277-82, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 12 janvier 1983, C.A.F., non publié, cité dans *Adjei c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 2 C.F. 680 (C.A.), à la page 683; *Darwich c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1979] 1 C.F. 365 (C.A.); *Rajudeen c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1984), 55 N.R. 129 (C.A.), aux pages 133 et 134).

La décision attaquée se situe carrément dans ce courant jurisprudentiel que le professeur Hathaway² décrivait comme suit:

[TRADUCTION] Compte tenu de la valeur probante des expériences vécues par des personnes dont la situation est semblable à celle d'un demandeur du statut de réfugié, il est ironique que les tribunaux canadiens se soient toujours montrés très réticents

² Dans un chapitre intitulé *The Determination of Refugee Claims Grounded in Generalized Oppression*, faisant partie d'un ouvrage intitulé *The Law of Refugee Status*, qui sera publié prochainement par Butterworths and Co. (Canada) Ltd. avec l'aide du Conseil canadien de la documentation juridique.

borne out in the suffering of large numbers of their fellow citizens. Rather than looking to the fate of other members of the claimant's racial, social, or other group as the best indicator of possible harm, decision makers have routinely disfranchised refugees whose concerns are based on generalized group-defined oppression.

and I adopt this description of the applicable law to be found at the end of the aforementioned article:

In sum, while modern refugee law is concerned to recognize the protection needs of particular claimants, the best evidence that an individual faces a serious chance of persecution is usually the treatment afforded similarly situated persons in the country of origin. In the context of claims derived from situations of generalized oppression, therefore, the issue is not whether the claimant is more at risk than anyone else in her country, but rather whether the broadly based harassment or abuse is sufficiently serious to substantiate a claim to refugee status. If persons like the applicant may face serious harm for which the state is accountable, and if that risk is grounded in their civil or political status, then she is properly considered to be a Convention refugee.

In the case at bar the Refugee Division misunderstood the nature of the burden the applicant had to meet and dismissed his application on the basis of a lack of evidence of personal persecution in the past. This conclusion is a twofold error: in order to claim Convention refugee status, there is no need to show either that the persecution was personal or that there had been persecution in the past.

In the circumstances, therefore, it appears necessary to return the matter to the Refugee Division for it to consider the merits of the applicant's claim in light of the reasons of the instant decision and in accordance with the other aspects of the refugee definition on which it did not have to rule.

The application should be allowed, the Refugee Division's decision reversed and the matter referred back for reconsideration in accordance with these reasons.

HUGESSEN J.A.: I concur.

MACGUIGAN J.A.: I concur.

à reconnaître les revendications de personnes dont la crainte de persécution est confirmée par les souffrances endurées par un grand nombre de leurs concitoyens. Au lieu de considérer le sort réservé à d'autres membres du groupe racial, social ou autre du demandeur comme le meilleur indicateur d'un éventuel préjudice, les décideurs ont privé de leurs droits les personnes dont les craintes étaient fondées sur l'oppression généralisée d'un groupe donné.

et je fais mienne cette description du droit applicable que l'on retrouve à la fin de l'article précité:

[TRADUCTION] En somme, tandis que le droit des réfugiés moderne s'attache à reconnaître la protection dont doivent bénéficier des revendicateurs pris individuellement, la meilleure preuve qu'une personne risque sérieusement d'être persécutée réside généralement dans le traitement accordé à des personnes placées dans une situation semblable dans le pays d'origine. Par conséquent, lorsqu'il s'agit de revendications fondées sur des situations où l'oppression est généralisée, la question n'est pas de savoir si le demandeur est plus en danger que n'importe qui d'autre dans son pays, mais plutôt de savoir si les manœuvres d'intimidation ou les mauvais traitements généralisés sont suffisamment graves pour étayer une revendication du statut de réfugié. Si des personnes comme le requérant sont susceptibles de faire l'objet d'un grave préjudice de la part des autorités de leur pays, et si ce risque est attribuable à leur état civil ou à leurs opinions politiques, alors elles sont à juste titre considérées comme des réfugiés au sens de la Convention.

Dans le cas présent, la section du statut s'est méprise sur la nature du fardeau que le requérant avait à rencontrer et elle a rejeté sa demande sur la base d'une absence de preuve de persécution personnelle dans le passé. Cette conclusion est doublement erronée; point n'est besoin, en effet, pour se réclamer du statut de réfugié au sens de la Convention, de démontrer ni que la persécution est personnelle ni qu'il y a eu persécution dans le passé.

Il m'apparaît donc nécessaire, dans les circonstances, de retourner le dossier à la section du statut pour qu'elle examine le bien-fondé de la demande du requérant à la lumière des motifs de la présente décision et en fonction des autres éléments de la définition de réfugié sur lesquels elle n'avait pas eu à se prononcer.

La demande devrait être accueillie, la décision de la section du statut devrait être infirmée et l'affaire devrait être renvoyée aux fins d'un nouvel examen qui tienne compte de ces motifs.

LE JUGE HUGESSEN, J.C.A.: J'y souscris.

LE JUGE MACGUIGAN, J.C.A.: J'y souscris.

T-1174-87

T-1174-87

Banco do Brasil S.A. (Plaintiff)

v.

The Owner and All Others interested in the Ship *Alexandros G. Tsavlis* and the Ship *Alexandros G. Tsavlis* (Defendants)

and

Nikolas Hiotis, on his own behalf and on behalf of the Crew of the Ship *Alexandros G. Tsavlis* (Intervenors)

and

Pan American Steamship Lines Inc. and European-Overseas Steamship Lines N.V. (Second Intervenors)

and

Astrapi Maritime Limited (Third Intervenor)

and

Zodiac Maritime Agencies Ltd. (Fourth Intervenor)

T-1381-87

Pan American Steamship Lines Inc. and European-Overseas Steamship Lines N.V. (Plaintiffs)

v.

The Ship *Alexandros G. Tsavlis*, Panalex Shipping Company Limited and all Others interested in the Vessel *Alexandros G. Tsavlis* and Banco do Brasil S.A. (Defendants)***INDEXED AS: BANCO DO BRASIL S.A. v. ALEXANDROS G. TSAVLIRIS (THE) (T.D.)****Trial Division, Strayer J.—Vancouver, April 2, 3, 4, 5 and 6; Ottawa, April 27, 1990.*****Conflict of laws — Choice of law — Maritime law — Torts — Claim for damages by ship charterers against mortgagee on grounds latter wrongfully induced breach of charterparties and***

* Editor's Note: The reasons for judgment have been amended, but not in any material respect, pursuant to a motion for reconsideration thereof. The Trial Judge found that the passage to which exception was taken was clearly *obiter* and decided that it should be stricken from his reasons. The decision is reported immediately following these reasons for judgment, at page 283.

Banco do Brasil S.A. (demanderesse)

c.

^a Le propriétaire et tous les autres ayants droit du navire *Alexandros G. Tsavlis* ainsi que le navire *Alexandros G. Tsavlis* (défendeurs)

et

^b Nikolas Hiotis, pour son propre compte et pour le compte de l'équipage du navire *Alexandros G. Tsavlis* (intervenants)

c et

Pan American Steamship Lines Inc. et European-Overseas Steamship Lines N.V. (deuxièmes intervenantes)

d et

Astrapi Maritime Limited (troisième intervenante)

et

^e Zodiac Maritime Agencies Ltd. (quatrième intervenante)

T-1381-87

^f Pan American Steamship Lines Inc. and European-Overseas Steamship Lines N.V. (demanderesse)

c.

^g Le navire *Alexandros G. Tsavlis*, Panalex Shipping Company Limited et tous les autres ayants droit du navire *Alexandros G. Tsavlis* ainsi que Banco do Brasil S.A. (défendeurs)***^h RÉPERTORIÉ: BANCO DO BRASIL S.A. c. ALEXANDROS G. TSAVLIRIS (LE) (1^{re} INST.)****Section de première instance, juge Strayer—Vancouver, 2, 3, 4, 5 et 6 avril; Ottawa, 27 avril 1990.****ⁱ *Conflit de lois — Choix du droit — Droit maritime — Responsabilité délictuelle — Action en dommages-intérêts intentée par les affréteurs d'un navire contre la créancière***

* Note de l'arrêtiste: Les présents motifs de jugement ont été modifiés, sans toucher à l'essentiel, à la suite d'une demande de réexamen. Le juge a considéré que le passage en cause était manifestement *obiter* et a décidé qu'il devrait être retranché des motifs. Cette décision est publiée immédiatement à la suite des présents motifs de jugement, à la page 283.

bills of lading by threatening ship's arrest — Tort committed in England — For tort committed abroad to be actionable in Canada, acts must be actionable if committed here and not justifiable where committed — Acts (inducement of breach of contract) torts if committed in Canada — Mortgagee liable in tort for interfering with performance of contract by ship where, as here, mortgagee's security not impaired and owner not unwilling or unable to perform contract — Case of first impression in terms of both Canadian and English law — As matter of Canadian law, mortgagee liable for threats of arrest as well as for arrests where result is interference — Acts not justifiable in England under English law.

Maritime law — Torts — Claim for damages by charterers against mortgagee on grounds latter wrongfully induced breach of charterparties and bills of lading by threatening ship's arrest — According to maritime common law, mortgagee liable in tort for interfering with performance of contract where, as here, security not impaired and owner not unwilling or unable to complete contract — Liability for interfering with performance of contract whether due to arrest or threat thereof.

The ship *Alexandros G. Tsavlis* was built in Brazil, registered in Greece and flew a Greek flag. The purchase price was secured by a first mortgage assigned to Banco do Brasil. Her owner defaulted under the mortgage in November 1981. No payments were made after November 1984. In January 1986, the owner proposed a rescheduling of the debt. The proposal was rejected in December 1986. In January 1987, the ship was time-chartered for transporting cargo from Europe to the west coast of North America. Shortly thereafter, the mortgagee, through its solicitors in England, advised the ship's owner that it had decided to enforce its rights against the ship at the earliest opportunity, in Panama. When negotiations aimed at foregoing an arrest broke down, the charterers instructed the ship to proceed around Cape Horn en route to the west coast. She arrived in New Westminster, British Columbia two and one-half months later than scheduled. The ship was then arrested and sold. This was an action by the charterers for damages resulting from the Bank's refusal to permit the voyage to be continued on reasonable terms by transit through the Panama Canal and thereby wrongfully inducing breach of charterparties and bill of lading contracts.

Held, the action should be allowed.

The issues were: (1) what law governed the charterers' claim? and (2) was the Bank liable in accordance with that law?

hypothécaire pour le motif que celle-ci a provoqué à tort une violation des chartes-parties et des connaissements à la suite de ses menaces de saisie du navire — Délit commis en Angleterre — Pour qu'un délit commis à l'étranger ouvre droit à une poursuite au Canada, l'acte doit, s'il a été commis au Canada, donner ouverture à une poursuite au Canada et ne doit pas être justifiable à l'endroit où il a été commis — Les actes (le fait d'avoir provoqué la rupture du contrat) constituent des délits s'ils ont été commis au Canada — La créancière hypothécaire est responsable sur le plan délictuel d'avoir entravé l'exécution d'un contrat maritime lorsque, comme en l'espèce, la garantie n'était pas diminuée et que le propriétaire était désireux et en mesure d'exécuter le contrat — Le présent cas serait donc nouveau, tant selon le droit canadien que selon le droit anglais — Selon le droit canadien, un créancier hypothécaire est responsable des menaces de saisie autant que des saisies lorsqu'il en résulte une entrave — Actes non justifiables en Angleterre sous le régime du droit anglais.

Droit maritime — Responsabilité délictuelle — Action en dommages-intérêts par les affréteurs d'un navire contre la créancière hypothécaire pour le motif que celle-ci a provoqué à tort une violation des chartes-parties et des connaissements à la suite de ses menaces de saisie du navire — Selon le droit maritime, en common law, le créancier hypothécaire est responsable sur le plan délictuel s'il entrave l'exécution d'un contrat lorsque, comme en l'espèce, la garantie n'était pas diminuée et que le propriétaire était désireux et en mesure d'exécuter le contrat — Le fait d'avoir entravé l'exécution d'un contrat entraîne sa responsabilité, que ce soit en raison de la saisie ou des menaces proférées à cet effet.

Le navire *Alexandros G. Tsavlis* a été construit au Brésil, immatriculé en Grèce et battait pavillon grec. Le prix d'achat a été garanti au moyen d'une hypothèque de premier rang cédée à la Banco do Brasil. Le propriétaire a cessé, en novembre 1981, d'effectuer les paiements prévus aux termes de l'hypothèque. Aucun paiement n'a été effectué après novembre 1984. Au mois de janvier 1986, le propriétaire a proposé un rééchelonnement de la dette. La proposition a été rejetée en décembre 1986. Au mois de janvier 1987, le navire a fait l'objet d'un affrètement à terme en vue du transport de marchandises depuis l'Europe jusqu'à la côte ouest de l'Amérique du Nord. Peu de temps après, la créancière hypothécaire, par l'entremise de ses avocats à Londres, a informé le propriétaire du navire qu'elle avait décidé de faire valoir ses droits à l'encontre du navire et ce, aussitôt que possible, à Panama. Lorsque les négociations visant à éviter la saisie ont échoué, et les affréteurs ont ordonné au capitaine du navire de passer par le Cape Horn en route vers la côte ouest. Le navire est arrivé à New Westminster (Colombie-Britannique) deux mois et demi plus tard que prévu. Il a alors été saisi et vendu. Il s'agissait, en l'espèce, d'une action en dommages-intérêts intentée par les affréteurs et qui découlait du refus de la Banque de permettre la poursuite du voyage selon des conditions raisonnables par le canal de Panama, provoquant indûment la violation des chartes-parties et des connaissements.

Jugement: l'action doit être accueillie.

Les questions à trancher étaient les suivantes: (1) quelles étaient les règles de droit qui régissaient la réclamation des affréteurs? (2) la Banque était-elle responsable selon ces règles-là?

The applicable choice of law rule in tort actions was laid down in *Phillips v. Eyre*: for a tort committed abroad to be actionable in Canadian courts the acts complained of would have to be (1) actionable if committed in Canada, and (2) not justifiable where committed.

The tort alleged was part of those common law developments in respect of admiralty matters which formed part of "Canadian maritime law" as defined in section 2 of the *Federal Court Act*. In the absence of Canadian case law on the matter, the parties agreed that the laws of Canada and England were the same and assumed that Canadian courts would follow maritime common law as it has developed in England. It was also common ground that the common law liability of a ship's mortgagee for interference in the performance of a contract made by a ship's owner for the employment of that ship was as set out in *The Myrto* case. In essence, if a mortgagee elects to exercise its mortgage rights at a time when the vessel is under contract, it will be answerable in tort to the parties to such contract unless the mortgagee's intervention is justified because that contract impairs its security or because the owner is unwilling or unable to complete the contract. The continuation of the voyage through and beyond the Panama Canal would not have impaired the Bank's security and the owner was willing and able to perform the contract.

As to whether *The Myrto* applied to threats of arrest as well as to actual arrests, this was a case of first impression in terms of both Canadian and English law. As a matter of Canadian law, *The Myrto* principles applied equally to threats, the threat being unlawful where the act threatened would itself be unlawful and where the result achieved was the same.

The tort, inducement of breach of contract, was not justifiable where it occurred. It took place in London, England, where the important decisions surrounding the arrest were made. Whether the Bank's actions in England were justified had to be determined in accordance with the principles in *The Myrto* even though the instant case was not on all fours with it. Damages was an available remedy in the case at bar under *The Myrto* principles.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 2.
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 324.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Phillips v. Eyre (1870), L.R. 6 Q.B. 1 (Ex. Ch.); *The Myrto*, [1977] 2 Lloyd's Rep. 243 (Q.B.D. Adm. Ct.);

La règle relative au choix du droit qui s'applique dans les actions délictuelles a été énoncée dans l'arrêt *Phillips v. Eyre*: pour qu'un délit commis à l'étranger ouvre droit à une poursuite devant les tribunaux canadiens, l'acte reproché doit être (1) un acte qui aurait donné ouverture à une poursuite s'il avait été commis au Canada et (2) ne doit pas être justifiable où il a été commis.

Le délit reproché faisait partie de ces nouveaux éléments de la common law en matière d'amirauté qui faisaient partie du «droit maritime canadien» au sens de l'article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*. En l'absence de jurisprudence canadienne sur cette question, les parties ont convenu que le droit du Canada est le même que celui de l'Angleterre, et elles ont présumé que les tribunaux canadiens appliqueraient les règles de droit maritime qui ont été adoptées en Angleterre. Il a également été admis que la responsabilité en common law d'un créancier qui détient une hypothèque sur un navire et qui entrave l'exécution d'un contrat conclu par le propriétaire du navire en question relativement à l'utilisation de celui-ci a été exposée dans l'arrêt *The Myrto*. De façon générale, si le créancier hypothécaire décide de faire valoir les droits qui découlent de son hypothèque à un moment où le navire fait l'objet d'un contrat, il engage par le fait même sa responsabilité sur le plan délictuel envers les autres parties à ce contrat, à moins que son intervention ne soit justifiée du fait que le contrat en question diminue sa garantie ou que le propriétaire refuse ou est incapable de se conformer au contrat. La poursuite du voyage par le canal de Panama et au-delà n'aurait aucunement diminué la garantie de la Banque et le propriétaire était désireux et en mesure de se conformer au contrat.

Quant à savoir si l'arrêt *The Myrto* s'appliquait aux menaces de saisie de même qu'aux saisies proprement dites, il s'agissait là d'un cas nouveau tant selon le droit canadien que selon le droit anglais. Selon le droit canadien, les principes de l'arrêt *The Myrto* s'appliquaient également aux menaces, puisque l'illégalité d'une menace dépend de l'illégalité de l'acte visé par la menace et qu'il atteignait le même résultat.

Le délit, c'est-à-dire le fait d'avoir incité une partie à violer son contrat, n'était pas justifiable à l'endroit où il a été commis. Il a eu lieu à Londres en Angleterre où les décisions importantes concernant la saisie ont été prises. La question de savoir si les actions de la Banque en Angleterre étaient justifiées, devait être déterminée conformément aux principes énoncés dans l'arrêt *The Myrto*, même si la situation en l'espèce n'était pas tout à fait identique à celle de l'arrêt en question. Les dommages-intérêts constituaient, en l'espèce, un redressement disponible en vertu des principes énoncés dans l'arrêt *The Myrto*.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 2.
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 324.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Phillips v. Eyre (1870), L.R. 6 Q.B. 1 (Ex. Ch.); *The Myrto*, [1977] 2 Lloyd's Rep. 243 (Q.B.D. Adm. Ct.);

Roman Corporation Ltd. et al. v. Hudson's Bay Oil and Gas Co. Ltd. et al., [1973] S.C.R. 820; (1973), 36 D.L.R. (3d) 413.

REFERRED TO:

ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al., [1986] 1 S.C.R. 752; *The Fanchon* (1880), 50 L.J. Ad. 4 (P.D. & A.).

AUTHORS CITED

Castel J.-G. *Canadian Conflict of Laws*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1986.
McLeod J. G. *The Conflict of Laws*, Calgary: Carswell Legal Publications, 1983.

COUNSEL:

Peter D. Lowry and J. W. Perrett for Banco do Brasil.
Nils E. Daugulis and M. Nordman for second intervenors.

SOLICITORS:

Campney & Murphy, Vancouver, for Banco do Brasil.
Bull, Housser & Tupper, Vancouver, for second intervenors.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

STRAYER J.:

Relief Requested

The matter for disposition by me in these proceedings is a claim for damages against the Banco do Brasil S.A., mortgagee of the ship *Alexandros G. Tsavlis*. The claim is brought by the charterers of that ship for a voyage in 1987, on the grounds that the bank wrongfully induced breach of the charterparties and bills of lading. This claim is set out in both the statement of defence and counterclaims filed by the two charterers in action T-1174-87 and in their statement of claim in action T-1381-87. The two actions were ordered to be tried together, by order of the Associate Chief Justice of March 29, 1990. It was agreed by the parties that the latter statement of claim could be treated as the pleading of their claim on behalf of the charterers, Pan American Steamship Lines Inc. (hereinafter "Pan American") and European-

Roman Corporation Ltd. et autre c. Hudson's Bay Oil and Gas Co. Ltd. et autres, [1973] R.C.S. 820; (1973), 36 D.L.R. (3d) 413.

DÉCISIONS CITÉES:

ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre, [1986] 1 R.C.S. 752; *The Fanchon* (1880), 50 L.J. Ad. 4 (P.D. & A.).

DOCTRINE

Castel J.-G. *Canadian Conflict of Laws*, 2nd ed., Toronto: Butterworths, 1986.
McLeod J. G. *The Conflict of Laws*, Calgary; Carswell Legal Publications, 1983.

c AVOCATS:

Peter D. Lowry et J. W. Perrett pour Banco do Brasil.
Nils E. Daugulis et M. Nordman pour les deuxièmes intervenantes.

PROCUREURS:

Campney & Murphy, Vancouver, pour Banco do Brasil.
Bull, Housser & Tupper, Vancouver, pour les deuxièmes intervenantes.

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

LE JUGE STRAYER:

Réparation demandée

Il s'agit en l'espèce d'une action en dommages-intérêts intentée contre la Banco do Brasil S.A., créancière hypothécaire du navire *Alexandros G. Tsavlis*. L'action est intentée par les affrêteurs de ce navire-là à l'égard d'un voyage fait en 1987, pour le motif que la banque a provoqué à tort une violation des chartes-parties et des connaissements. Cette réclamation est énoncée dans la défense et les demandes reconventionnelles déposées par les deux affrêteurs dans l'action T-1174-87 et dans leur déclaration déposée dans l'action T-1381-87. Dans une ordonnance en date du 29 mars 1990, le juge en chef adjoint a ordonné que les deux actions soient entendues ensemble. Les parties ont convenu que cette dernière déclaration pourrait être considérée comme l'acte de plaidoirie de leur réclamation au nom des affrêteurs, Pan American

Overseas Steamship Lines N.V. (hereinafter "Euro-Lines").

It should also be noted at this point that the claim by the charterers to priority over the Bank, with respect to the fund resulting from the sale of the vessel in Vancouver pursuant to the order of this Court, was abandoned during the trial.

Facts

In 1974 Panalex Shipping Co. Ltd. (hereinafter "Panalex"), a Liberian company, contracted with a Brazilian shipbuilder to construct the *Alexandros G. Tsavlis* (hereinafter the *Alexandros*) for a purchase price of (U.S.) \$12,050,200. Of this amount a sum of some 10.2 million dollars was to be paid by eighteen semi-annual instalments with interest. This sum was secured by promissory notes and a first preferred ship's mortgage, all of which were assigned to the Banco do Brasil (hereinafter the "Bank"). The ship when constructed was registered in Greece and the mortgage and assignment were also entered in the Greek registry. The ship sailed under the Greek flag.

At the same time, Panlaire Shipping Ltd., a company associated with Panalex through the Tsavlis family, concluded a contract with the same shipbuilder to construct a sister ship to be known as the *Claire A. Tsavlis* (hereinafter the *Claire*).

Panalex made payments under the mortgage up to and including the instalment due May 18, 1981 and then went into default under the mortgage on November 18, 1981 by failing to pay the amounts due at that time. A rescheduling had been agreed upon with the Bank on November 16, 1984 but Panalex defaulted two days later by being unable to pay all of the amounts due on that date. No payments whatever were made by Panalex, the owners of the *Alexandros* after November 18, 1984. On January 10, 1986 the owner proposed a further rescheduling of the debt. This proposal was rejected by decision within the Bank on April 3, 1986 but the owner was not advised by the Bank

Steamship Lines Inc. (ci-après appelée «Pan American») et European-Overseas Steamship Lines N.V. (ci-après appelée «Euro-Lines»).

^a Il convient également de souligner à ce moment-ci que les affréteurs ont abandonné au cours de l'instruction leur revendication quant à la priorité de leur réclamation sur celle de la Banque en ce qui a trait aux fonds découlant de la vente du navire à Vancouver conformément à l'ordonnance de notre Cour.

Les faits

^c En 1974, Panalex Shipping Co. Ltd. (ci-après appelée «Panalex»), société du Libéria, a confié à un constructeur de navires brésilien la construction du navire *Alexandros G. Tsavlis* (ci-après appelé *Alexandros*) moyennant un prix d'achat de 12 050 200 \$ U.S. De ce montant, une somme ^d d'environ 10 200 000 \$ devait être payée au moyen de dix-huit versements semi-annuels avec intérêts. Cette somme a été garantie au moyen de billets à ordre et d'une hypothèque de premier rang sur le navire qui ont tous été cédés à la Banco do Brasil (ci-après appelée la «Banque»). ^e Lorsqu'il a été construit, le navire a été immatriculé en Grèce et l'hypothèque et la cession ont également été inscrites dans le répertoire d'enregistrement grec. Le navire battait pavillon grec.

^f À la même époque, Panlaire Shipping Ltd., entreprise liée à Panalex par l'entremise de la famille Tsavlis, a conclu avec le même constructeur de navires un contrat concernant la construction d'un navire jumeau devant être connu sous le nom du *Claire A. Tsavlis* (ci-après appelé *Claire*). ^g

^h Panalex a fait les paiements hypothécaires requis jusqu'au versement qui était dû le 18 mai 1981, y compris celui-ci, et est devenue en état de cessation de paiement le 18 novembre 1981, ayant omis de payer les montants alors en souffrance. Un rééchelonnement avait été ⁱ convenu avec la Banque le 16 novembre 1984, mais Panalex a fait défaut deux jours plus tard, étant incapable de payer tous les montants dus ce jour-là. Panalex, le propriétaire du navire *Alexandros*, n'a fait aucun paiement après le 18 ^j novembre 1984. Le 10 janvier 1986, le propriétaire a proposé un autre rééchelonnement de la dette. La Banque a décidé de rejeter cette proposition le

until December 29, 1986 that it would not approve the rescheduling and that the owner was to pay forthwith all amounts outstanding.

During this period the *Alexandros* had been laid up at Piraeus in Greece, from April 13, 1986 to January 13, 1987. There is no evidence of the Bank seeking the whereabouts of the ship until it instructed its London solicitors on December 8, 1986 to make inquiries.

On January 23, 1987 Pan American chartered the *Alexandros* for a voyage to North America and sub-chartered it to Euro-Lines. The charter was for delivery of the vessel to the charterers in Santander, Spain on January 25, 1987. The vessel was to load steel products there, at three ports in Germany, and at Antwerp, Belgium and was then to proceed to the west coast of North America, discharging cargo at Los Angeles, Oakland, Portland, and Seattle in the United States, and ending at New Westminster, B.C. Its estimated date of arrival in British Columbia was March 16, 1987. The value of the cargo was approximately (U.S.) \$12,000,000. This was a time charter.

On January 26, 1987 the day after the charterers took delivery of the vessel, the Bank learned of the time charter and the planned destinations. It also learned of the whereabouts of the *Claire* on which the mortgage payments were also in default. On February 12, 1987 the Bank sent instructions from its headquarters in Rio de Janeiro to its London office, directing that office to instruct its London solicitors to take action to seize both the *Claire* and the *Alexandros*. The solicitors were to be instructed to take care to arrest the *Alexandros* in a jurisdiction which "also considers the interests of the Bank". The London solicitors, the firm of Coward Chance, directed the arrest of the *Claire* at Durban, South Africa. On February 27, 1987 the London firm of Constant and Constant, solicitors for the owners of the *Claire* and the *Alexandros*, sent a telex message to Mr. Best of Coward Chance asking that the Bank release the *Claire*. On March 2, 1987 Mr. Best replied by telex on that subject and also advised Constant and Constant with respect to the *Alexandros*, which he

3 avril 1986, mais ce n'est que le 29 décembre 1986 qu'elle a informé le propriétaire de sa décision et lui a demandé de payer immédiatement tous les montants en souffrance.

^a Pendant cette période-là, le navire *Alexandros* était resté désarmé au Pirée, en Grèce, du 13 avril 1986 au 13 janvier 1987. Aucun élément de la preuve n'indique que la Banque a cherché à connaître l'emplacement du navire avant la date à laquelle elle a demandé à ses avocats de Londres de faire des recherches, soit le 8 décembre 1986.

^c Le 23 janvier 1987, Pan American a affrété le navire *Alexandros* pour un voyage en Amérique du Nord et l'a sous-affrété à Euro-Lines. Le navire devait être livré aux affrêteurs à Santander, en Espagne, le 25 janvier 1987. Il devait recevoir des chargements de produits d'acier là-bas ainsi qu'à trois ports d'Allemagne et à Anvers (Belgique), poursuivre sa route vers la côte ouest de l'Amérique du Nord, décharger les marchandises à Los Angeles, Oakland, Portland et Seattle, aux États-Unis, et terminer son parcours à New Westminster, en Colombie-Britannique. Il devait arriver en Colombie-Britannique vers le 16 mars 1987. La valeur des marchandises s'élevait à environ 12 000 000 \$ U.S. Il s'agissait d'un affrètement à terme.

^f Le 26 janvier 1987, le lendemain du jour où les affrêteurs ont pris livraison du navire, la Banque a été informée de l'affrètement à terme et des destinations prévues. Elle a également appris où se trouvait le *Claire*, dont les versements hypothécaires étaient également en souffrance. Le 12 février 1987, la Banque a demandé à son bureau de Londres, par l'entremise de son siège social situé à Rio de Janeiro, d'ordonner à ses avocats de Londres de saisir les navires *Claire* et *Alexandros*. Les avocats devaient veiller à saisir le navire *Alexandros* dans un territoire [TRADUCTION] «où l'on tient également compte des intérêts de la Banque». Les avocats de Londres, soit le cabinet de Coward Chance, ont pris les mesures nécessaires pour saisir le *Claire* à Durban, en Afrique du Sud. Le 27 février 1987, le cabinet d'avocats Constant et Constant, qui représentait les propriétaires des navires *Claire* et *Alexandros*, a fait parvenir à M^c Best, de Coward Chance, un télex dans lequel il demandait à la Banque d'accorder mainlevée de la saisie du *Claire*. Le

understood was then on a voyage carrying cargo to the U.S. west coast, that:

Our instructions are to enforce our clients' rights against this vessel at the earliest opportunity . . .

On March 3, 1987 a meeting took place in London between Mr. Best, Mr. Biggs of the London branch of the Bank, and Mr. George Tsavlis who represented the owners of the *Claire* and the *Alexandros*. At that meeting it was confirmed that the Bank would continue the arrest of the *Claire*. When the subject of the *Alexandros* came up, according to the evidence of Mr. Best, Mr. Tsavlis said that if the *Claire* were not released then the Bank would not be allowed to arrest the *Alexandros*. He referred to the possibility of it being sent to Taiwan instead to be broken up for scrap. However, a telex sent by Mr. Biggs reporting to his superiors in Rio de Janeiro on this meeting also said that Mr. Tsavlis had said, with respect to the *Claire*, that if it were released and allowed to complete its voyage he would be prepared to arrange for it to be arrested at another convenient port. Mr. Tsavlis was also reported to be willing to go to Brasil to discuss matters with the Bank there. On March 5 Mr. Tsavlis called Mr. Best directly asking if the *Claire* was to be released. Mr. Best advised him that it was fairly certain that the vessel would not be released and that it would be sold. When he raised the subject of the *Alexandros*, Mr. Tsavlis said that the Bank "could forget" about the *Alexandros*. Mr. Best agreed in cross-examination that Mr. Tsavlis could well have understood from the meeting of March 3 that the Bank was prepared to arrest the *Alexandros* in Panama, and certainly that conclusion could have been drawn as well from the telex quoted above which Mr. Best sent to Constant and Constant on March 2.

In the meantime Mr. Best had been working with lawyers in Panama to ascertain whether the

2 mars 1987, M^e Best a répondu par télex à cette demande et a également informé Constant et Constant au sujet du navire *Alexandros* qui, d'après ce qu'il savait, était alors chargé de marchandises et se dirigeait vers la côte ouest américaine, en ce sens:

[TRADUCTION] Selon les directives que nous avons reçues, nous devons faire valoir les droits de notre cliente à l'encontre de ce navire le plus tôt possible . . .

Le 3 mars 1987, une rencontre a eu lieu à Londres entre M^e Best, M. Biggs, de la succursale de la Banque située à Londres, et M. George Tsavlis, qui représentait les propriétaires des navires *Claire* et *Alexandros*. Au cours de cette réunion-là, il a été confirmé que la Banque maintiendrait la saisie du *Claire*. Lorsque le sujet du navire *Alexandros* a été abordé, selon le témoignage de M^e Best, M. Tsavlis a dit que, si une mainlevée de la saisie n'était pas accordée à l'égard du *Claire*, la Banque ne pourrait pas saisir le navire «*Alexandros*». Il a mentionné qu'il était possible que le navire soit envoyé à la démolition à Taiwan. Toutefois, d'après un télex que M. Biggs a envoyé à ses supérieurs à Rio de Janeiro pour leur donner un compte rendu de cette réunion, M. Tsavlis a dit que, si une mainlevée était accordée à l'égard du *Claire* et que celui-ci pouvait terminer son parcours, il serait prêt à prendre les dispositions nécessaires pour le faire saisir à un autre port approprié. Il semble aussi que M. Tsavlis était prêt à se rendre au Brésil pour discuter de la situation avec la Banque là-bas. Le 5 mars, M. Tsavlis a communiqué directement avec M^e Best pour lui demander si une mainlevée serait accordée à l'égard du *Claire*. M^e Best lui a répondu qu'il était presque certain que le navire ne ferait pas l'objet d'une mainlevée et qu'il serait vendu. Lorsqu'il a soulevé la question du navire *Alexandros*, M. Tsavlis a dit que la Banque «pouvait oublier» ce dernier navire. M^e Best a convenu au cours de son contre-interrogatoire que M. Tsavlis aurait très bien pu comprendre, à la lumière de la réunion du 3 mars, que la Banque était prête à saisir le navire *Alexandros* à Panama, et il aurait certainement été possible de tirer cette conclusion à la lecture du télex précité que M^e Best a envoyé à Constant et Constant le 2 mars.

Entre-temps, M. Best avait travaillé avec des avocats de Panama pour savoir si le navire

Alexandros had yet transited the Canal and its current location. On March 5 he instructed Panama lawyers to prepare the documents for arrest, and on March 6 he instructed them to make the arrest.

On March 5 while the *Alexandros* was approaching the Panama Canal it was instructed by its owner to stop in international waters. On March 6 Mr. Tsavlis for the owner sent a telex to the Bank with respect to rescheduling the loans. On that day the charterers were advised by the owner that the latter had information that the Bank would arrest the vessel in Panama and that therefore the master had been directed to delay arrival at the Canal.

By March 10 the charterers had been in touch with the Bank through their solicitor, Mr. Taylor of the firm of Shaw and Croft in London. On the same date Mr. Best spoke by telephone to Mr. Brewster of Constant and Constant, the owner's solicitors. Mr. Brewster said the owner was prepared to give an undertaking to complete the voyage if the *Alexandros* was not arrested, but Mr. Best indicated he could not recommend such a solution to the Bank. From then until April 3 there was a series of negotiations, mostly between the solicitors for the Bank and for the charterers in London, but some times involving New York lawyers for the charterers and Mr. Hans Knickrehm, Executive Vice-President of both charterers, who is based in Houston, Texas. It is not necessary to go through all the details of these negotiations. It may be noted that the Bank did not give instructions to its London solicitor, Mr. Best, until March 19 as to what terms it would accept to forego arrest in Panama. Negotiations finally broke down in early April over the following term of a draft agreement on which the Bank insisted.

7. The Charterer undertakes for the Bank's benefit not to bring any claim against the Bank in any jurisdiction in respect of any alleged interference by the Bank with the performance of the Charterparty and the Bill of Lading contracts.

Alexandros avait franchi le canal et pour connaître l'emplacement du navire. Le 5 mars, il a demandé aux avocats de Panama de préparer les documents de la saisie et, le 6 mars, il leur a demandé de procéder à la saisie.

Le 5 mars, alors que le navire *Alexandros* s'approchait du canal de Panama, le propriétaire du navire a ordonné au capitaine d'arrêter dans les eaux internationales. Le 6 mars, M. Tsavlis a envoyé, au nom du propriétaire, un télex à la Banque au sujet du rééchelonnement des prêts. Ce jour-là, le propriétaire a fait savoir aux affréteurs qu'il avait été avisé que la Banque saisirait le navire à Panama et que, par conséquent, le capitaine s'était vu contraint de retarder l'arrivée au canal.

Le 10 mars, les affréteurs avaient communiqué avec la Banque par l'entremise de leur avocat, M^e Taylor, du cabinet de Shaw et Croft, à Londres. Le même jour, M^e Best a eu un entretien téléphonique avec M^e Brewster, du bureau de Constant et Constant, qui représentait le propriétaire. M^e Brewster a dit que le propriétaire était prêt à s'engager à terminer le parcours si le navire *Alexandros* n'était pas saisi, mais M^e Best a répondu qu'il ne pouvait recommander cette solution à la Banque. Par la suite, et jusqu'au 3 avril, une série de pourparlers ont eu lieu, principalement entre les avocats de la Banque et ceux des affréteurs à Londres, mais mettant parfois aussi en cause les avocats des affréteurs ayant leur bureau à New York et M. Hans Knickrehm, vice-président à la direction des deux affréteurs, qui est établi à Houston, au Texas. Il n'est pas nécessaire de décrire de façon détaillée ces négociations. Il peut être utile de souligner que la Banque n'a pas donné de directives à son avocat de Londres, M^e Best, avant le 19 mars, relativement aux conditions selon lesquelles elle accepterait d'abandonner la saisie à Panama. Les négociations ont finalement été rompues au début d'avril au sujet de la condition suivante d'un projet d'entente que la Banque désirait inclure:

[TRADUCTION] 7. L'affréteur s'engage, pour l'avantage de la Banque, à ne pas intenter d'action contre la Banque dans quelque territoire que ce soit à l'égard du fait que cette dernière aurait entravé l'exécution de la charte-partie et du connaissance.

The Bank insisted on the inclusion of this term but the charterers ultimately refused. It may be noted that, had such a term been agreed to, the present action could not have been brought.

During these negotiations the vessel remained in the Caribbean. It took on bunkers and supplies in Venezuela and on April 3, 1987, after the breakdown of negotiations, the charterers instructed it to proceed around Cape Horn en route to Los Angeles. This the vessel did, arriving in Los Angeles on May 15 where it completed discharging on May 19. The ship was arrested that day by the Bank and was later released from arrest pursuant to an agreement between the Bank and the charterers. The vessel then proceeded to Oakland, Portland, Seattle, and New Westminster discharging cargo in each of these ports. It arrived in New Westminster on June 2, 1987 some two and one-half months after the original estimated day of arrival.

On June 3 the vessel was arrested by the Bank at New Westminster and sold pursuant to the order of this Court for the amount of (Canadian) \$3,722,100. There have been numerous proceedings concerning the *Alexandros* but I am advised by counsel that the present claim is the only matter outstanding with respect to the disposition of the fund. The charterers were admitted into action T-1174-87 as second intervenors pursuant to an order of Collier J. on July 23, 1987. Prior to that the charterers had already commenced action T-1381-87 against the Bank and others. The counterclaim then filed in action T-1174-87 essentially duplicated, in so far as the Bank was concerned, the statement of claim already filed in T-1381-87. For this reason the two matters were tried together on the basis of the pleadings in T-1381-87.

The charterers allege that the Bank refused to permit the voyage to be prosecuted on reasonable terms by transit through the Panama Canal, and thereby wrongfully induced breach of their charterparties and of Euro-Lines' bill of lading contracts. The charterers claim damages in respect of the additional expenses to which they were put by reason of the delay and extra distance travelled in

La Banque désirait à tout prix inclure cette condition, mais les affréteurs ont finalement refusé. Si cette condition avait été acceptée, la présente action n'aurait pu être intentée.

^a Au cours de ces négociations-là, le navire est demeuré dans les Antilles. Il s'est approvisionné en combustible lourd et en vivres au Venezuela et, le 3 avril 1987, après la rupture des négociations, les affréteurs ont ordonné au capitaine de passer par Cape Horn pour se diriger vers Los Angeles. C'est ce qui a été fait; le navire est arrivé à Los Angeles le 15 mai et le déchargement s'est terminé à cet endroit le 19 mai. Ce jour-là, le navire a été saisi par la Banque et a fait l'objet d'une mainlevée plus tard, à la suite d'une entente conclue entre la Banque et les affréteurs. Le navire s'est ensuite dirigé vers Oakland, Portland, Seattle et New Westminster et les marchandises qui se trouvaient à bord du navire ont été déchargées à chacun de ces ports-là. Le navire est arrivé à New Westminster le 2 juin 1987, soit deux mois et demi après la date d'arrivée initialement prévue.

^e Le 3 juin, le navire a été saisi par la Banque à New Westminster et vendu conformément à l'ordonnance de notre Cour pour une somme de 3 722 100 \$ CAN. De nombreuses procédures ont été engagées contre le navire *Alexandros*, mais les avocats m'informent que la présente réclamation est la seule question non réglée au sujet de l'utilisation du fonds. Les affréteurs ont été admis dans l'action T-1174-87 comme deuxième intervenants conformément à une ordonnance du juge Collier en date du 23 juillet 1987. Auparavant, ils avaient déjà intenté l'action T-1381-87 contre la Banque et d'autres. La demande reconventionnelle déposée par la suite dans l'action T-1174-87 reprenait essentiellement, en ce qui a trait à la Banque, la déclaration déjà déposée dans le dossier T-1381-87. C'est pourquoi les deux causes ont été entendues ensemble sur la foi des actes de plaidoirie déposés dans le dossier T-1381-87.

ⁱ Les affréteurs soutiennent que la Banque a refusé de permettre la poursuite du voyage selon des conditions raisonnables par le canal de Panama, provoquant indûment par le fait même la violation de leurs chartes-parties et des connaissements d'Euro-Lines. Les affréteurs réclament des dommages-intérêts à l'égard des frais supplémentaires qu'ils ont dû engager en raison du retard et

the voyage, and by the settlement of claims against them made by consignees or receivers because of the delay of delivery of the cargo.

Issues

The essential issues to be determined are: (1) what law governs the claim of the charterers? (2) is the Bank liable in accordance with that law?

Conclusions

Choice of Law

The cause of action here is an alleged tort committed by the Bank against the charterers, the alleged tort being that of causing or inducing the breach of the charterparties and the bills of lading.

It was accepted by this Court, when Collier J. allowed the charterers to intervene in action T-1174-87, that this Court has jurisdiction to entertain such an action. The Bank has submitted itself to this jurisdiction and it has a major asset here, namely its claim to the fund resulting from the sale of the vessel.

The choice of law rule in tort actions accepted by Canadian courts has been that laid down by the Court of Exchequer Chamber in England in *Phillips v. Eyre*¹ and the cases which have followed it; namely, that for a tort committed abroad to be actionable in Canadian courts the acts complained of (1) would have to be actionable if committed in Canada, and (2) must not be justifiable in the place where they were in fact committed.²

It is therefore clear that to be actionable in this Court the acts complained of must amount to a tort by Canadian law. As will be demonstrated, there is a tort recognized as part of maritime law which the charterers say would give rise to liability here if committed in Canada. It appears that such

de la distance supplémentaire parcourue au cours du voyage et en raison du règlement des réclamations que leur ont présentées les consignataires ou les destinataires à la suite de la livraison tardive des marchandises.

Questions en litige

Les principales questions à trancher sont les suivantes: (1) quelles sont les règles de droit qui régissent la réclamation des affréteurs? (2) la Banque est-elle responsable selon ces règles-là?

Conclusions

Choix du droit

La cause d'action en l'espèce est un délit que la Banque aurait commis envers les affréteurs, soit le fait d'avoir causé ou provoqué la violation des chartes-parties et des connaissements.

Lorsque le juge Collier a permis aux affréteurs d'intervenir dans l'action T-1174-87, notre Cour a reconnu qu'elle avait la compétence voulue pour statuer sur ce litige. La Banque s'est soumise à la compétence de notre Cour et elle possède un élément d'actif important ici, soit sa réclamation à l'égard du fonds découlant de la vente du navire.

La règle relative au choix du droit qui s'applique dans les actions délictuelles et que les tribunaux canadiens reconnaissent a été énoncée par la Court of Exchequer Chamber de l'Angleterre dans l'arrêt *Phillips v. Eyre*¹ et les décisions subséquentes dans lesquelles cet arrêt a été appliqué. Selon cette règle, pour qu'un délit commis à l'étranger ouvre droit à une poursuite devant les tribunaux canadiens, l'acte reproché (1) doit être un acte qui aurait donné ouverture à une poursuite s'il avait été commis au Canada et (2) ne doit pas être justifiable à l'endroit où il a effectivement été commis².

Il est donc évident que, pour ouvrir droit à une poursuite devant notre Cour, les actes reprochés doivent équivaloir à un délit selon le droit canadien. Comme il sera démontré, il y a un délit qui est reconnu en droit maritime et qui, selon les affréteurs, donnerait lieu à une responsabilité ici

¹ (1870), L.R. 6 Q.B. 1 (Ex. Ch.).

² See generally, McLeod, *The Conflict of Laws* (1983) pp. 534-542; Castel, *Canadian Conflict of Laws* (2nd ed., 1986), at pp. 597-613.

¹ (1870), L.R. 6 Q.B. 1 (Ex. Ch.).

² Voir, généralement, McLeod, *The Conflict of Laws* (1983) aux p. 534-542; Castel, *Canadian Conflict of Laws* (2^e éd., 1986), p. 597, 613.

a tort, if it be established, would form part of those specialized developments of the common law in respect of admiralty matters forming part of "Canadian maritime law" as defined in section 2 of the *Federal Court Act*.³ It is thus part of federal common law uniform throughout the country.

The charterers also contend that in this case the acts complained of occurred in England. Therefore to meet the two-pronged test in *Phillips v. Eyre*⁴ they must not have been "justifiable" under English law. The Bank denies that the acts complained of occurred in England and contends that, wherever they occurred, they were fully justified as legitimate steps taken by the Bank in the exercise of its rights as first preferred mortgagee in circumstances where the mortgagor was badly delinquent in payments.

To determine where the alleged tort occurred, it will be useful first to determine whether the acts complained of amount to a tort under Canadian law and if so, how that tort is defined.

Was there a tort actionable in Canada?

Counsel were unable to cite any Canadian cases on this subject. Instead, they agreed that the law of Canada and the law of England are the same, it being assumed that Canadian courts would follow maritime common law as it has developed in England. It was also common ground that the common law liability of a ship's mortgagee for interference in the performance of a contract made by a ship's owner for the employment of that ship, is defined in *The Myrto* case.⁵

The principles of law which these authorities establish, in relation to a case where the owner of a ship, having mortgaged her to a mortgagee to secure a loan, remains in possession of her, can, in my view, be summarized as follows:

³ R.S.C., 1985, c. F-7; see generally *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752, at pp. 768-774.

⁴ *Supra*, note 1.

⁵ [1977] 2 Lloyd's Rep. 243 at pp. 253-54 (Q.B.D. Adm. Ct.).

s'il était commis au Canada. Il semble que, si ce délit était établi, il ferait partie de ces nouveaux éléments spéciaux de la common law en matière d'amirauté qui font partie du droit maritime canadien au sens de l'article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*³. Il fait donc partie des règles fédérales de common law qui sont uniformes dans tout le pays.

Les affréteurs soutiennent également que, en l'espèce, les actes reprochés sont survenus en Angleterre. En conséquence, pour satisfaire le critère à deux volets établi dans *Phillips v. Eyre*⁴, les actes ne doivent pas avoir été «justifiables» selon le droit anglais. La Banque nie que les actes reprochés soient survenus en Angleterre et allègue que, quel que soit l'endroit où ils sont survenus, ils étaient entièrement justifiés en tant que mesures légitimes qu'elle a prises pour faire valoir ses droits comme créancier hypothécaire de premier rang dans des circonstances où le débiteur hypothécaire était sérieusement défaillant.

Pour déterminer l'endroit où le délit reproché est survenu, il sera utile de déterminer, en premier lieu, si les actes reprochés constituent un délit selon le droit canadien et, dans l'affirmative, comment ce délit est défini.

Y a-t-il eu un délit ouvrant droit à une poursuite au Canada?

Les avocats n'ont pu me citer de causes canadiennes traitant de cette question. Ils ont plutôt reconnu que le droit du Canada est le même que celui de l'Angleterre, si l'on présume que les tribunaux canadiens appliquent les règles de droit maritime qui ont été adoptées en Angleterre. Il a également été admis que la responsabilité en common law d'un créancier qui détient une hypothèque sur un navire et qui entrave l'exécution d'un contrat conclu par le propriétaire du navire en question relativement à l'utilisation de celui-ci a été définie dans l'arrêt *The Myrto*⁵:

[TRADUCTION] À mon avis, on peut résumer comme suit les principes de droit que ces autorités établissent dans les cas où le propriétaire d'un navire qui a hypothéqué celui-ci pour obtenir un prêt en garde la possession:

³ L.R.C. (1985), chap. F-7; voir, d'une façon générale, *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752, aux p. 768-774.

⁴ Voir, plus haut, la note 1.

⁵ [1977] 2 Lloyd's Rep. 243, aux p. 253-254 (Q.B.D. Adm. Ct.).

(1) The owner is entitled, subject to one exception, to deal with the ship (and that includes employing her under a contract with a third party) in the same way as he would be entitled to do if the ship were not mortgaged.

(2) The one exception is that the owner is not entitled to deal with the ship in such a way as to impair the security of the mortgagee.

(3) Where the owner makes a contract with a third party for the employment of the ship, of such a kind and made or performable in such circumstances, that the security of the mortgagee is not impaired, and the owner is both willing and able to perform such contract, the mortgagee is not entitled, by exercising his rights under the mortgage, whether by taking possession, or selling, or arresting the ship in a mortgage action in rem, to interfere with the performance of such contract.

(4) The mortgagee is, however, entitled to exercise his rights under the mortgage without regard to any such contract made by the owner with a third party for the employment of the ship in two cases:

(a) where the contract is of such a kind, and/or is made or performable in such circumstances, that the security of the mortgage is impaired;

(b) where, whether this is so or not, the owner is unwilling and/or unable to perform the contract.

(5) Where the mortgagee, by exercising his rights under the mortgage, interferes with a contract made by the owner with a third party for the employment of the ship in circumstances where he is not, in accordance with (3) and (4) above, entitled to do so, he commits a tort (or actionable wrong in the nature of a tort) against the third party.

(6) The remedies available to the third party against the mortgagee in respect of such tort or actionable wrong are as follows:

(a) where the mortgagee interferes by taking possession or seeking to sell, an injunction restraining him from doing so;

(b) where the mortgagee interferes by arresting the ship in a mortgage action in rem, an order for the release of the ship from arrest in such action;

(c) further or alternatively to (a) or (b) above, damages.

(7) The question whether a particular contract made by the owner with a third party for the employment of the ship is of such a kind, and/or is made or performable in such circumstances, as to impair the security of the mortgagee, is a question of fact.

(8) It is open to a Court as a matter of law to find as a fact that a particular contract is made or performable in such circumstances as to impair the security of the mortgagee, if the evidence shows that the owner is impecunious, that he can only perform the voyage to which the contract relates, if at all, on credit, and that the ship is already subject to pressing liabilities and charges. *The Manor* above.

(1) Sauf dans un cas, le propriétaire a le droit d'utiliser le navire (y compris le droit de l'utiliser en vertu d'un contrat conclu avec un tiers) de la même façon qu'il le ferait si le navire n'était pas hypothéqué.

a (2) La seule exception à cette règle est la suivante: le propriétaire n'a pas le droit d'utiliser le navire de façon à diminuer la garantie du créancier hypothécaire.

b (3) Lorsque le propriétaire conclut un contrat avec un tiers relativement à l'utilisation du navire et que ce contrat est d'une nature telle ou qu'il est conclu ou exécutoire dans des circonstances telles que la garantie du créancier hypothécaire n'est pas diminuée, et que le propriétaire est désireux et en mesure d'exécuter ce contrat, le créancier hypothécaire ne peut, en exerçant les droits dont il dispose en vertu de l'hypothèque, entraver l'exécution de ce contrat, que ce soit en prenant possession du navire, en le vendant ou en le faisant saisir dans une action hypothécaire in rem.

(4) Toutefois, le créancier hypothécaire peut exercer ses droits qui découlent de l'hypothèque sans tenir compte du contrat que le propriétaire a conclu avec un tiers relativement à l'utilisation dudit navire dans deux cas:

d (a) lorsque le contrat est d'une nature telle ou lorsqu'il est conclu ou exécutoire dans des circonstances telles que la garantie du créancier hypothécaire est diminuée;

(b) lorsque, que ce soit le cas ou non, le propriétaire ne désire pas exécuter le contrat ou est incapable de le faire.

e (5) Lorsque, en exerçant ses droits qui découlent de l'hypothèque, le créancier hypothécaire entrave l'exécution d'un contrat conclu par le propriétaire avec un tiers relativement à l'utilisation du navire dans des circonstances où il n'est pas, suivant les paragraphes (3) et (4) qui précèdent, autorisé à le faire, il commet un délit (ou une faute de la nature d'un délit ouvrant droit à une poursuite) contre le tiers.

f (6) Les recours dont le tiers dispose à l'encontre du créancier hypothécaire à l'égard de ce délit ou de cette faute ouvrant droit à une poursuite sont les suivants:

g (a) lorsque le créancier hypothécaire prend possession du navire ou cherche à le vendre, une injonction lui interdisant de le faire;

(b) lorsque le créancier hypothécaire saisit le navire dans une action hypothécaire in rem, une ordonnance de mainlevée de la saisie du navire;

h (c) en plus des recours prévus aux alinéas (a) ou (b) qui précèdent ou subsidiairement à ceux-ci, des dommages-intérêts.

i (7) La question de savoir si un contrat donné que le propriétaire a conclu avec un tiers relativement à l'utilisation du navire est d'une nature telle ou est conclu ou exécutoire dans des circonstances telles qu'il diminue la garantie du créancier hypothécaire est une question de fait.

(8) Il est loisible à la Cour, comme question de droit, de déclarer qu'un contrat donné est conclu ou exécutoire dans des circonstances telles qu'il diminue la garantie du créancier hypothécaire, si la preuve indique que le propriétaire est nécessairement, qu'il peut faire à crédit seulement le voyage auquel le contrat se rapporte et que le navire fait déjà l'objet de lourdes dettes et charges. Voir l'arrêt *The Manor*, précité.

(9) The further question, whether the owner is willing and/or able to perform a particular contract, is also a question of fact.

The essential point to note at the outset is that according to this accepted authority there are circumstances where the normally lawful exercise of contract rights under the mortgage may become unlawful as a tort.

The charterers contend that the Bank as mortgagee is liable pursuant to these principles, because paragraphs (3) and (4) recognize that a mortgagee is not entitled in these circumstances to interfere with the performance of a contract such as a charterparty through arrest or threatened arrest. They contend that the conditions for the exercise of the mortgagee's right to arrest as spelled out in paragraph (4) were not met here: that is, the charterparty did not impair the Bank's security under the mortgage; and the owner was not unwilling or unable to perform the contract. The charterers also argue that the onus was on the Bank to show that their security would be prejudiced and for this proposition they rely on the decision in *The Fanchon*.⁶

I am satisfied that if the acts of the Bank had been committed in Canada they would have amounted to a tort. The essential fact is that the Bank, knowing that the vessel was under charter and bound for the west coast of North America, made it impossible for the owner to perform the contract in a reasonable time and by the route that was commonly understood to be the intended route, by threatening, and preparing for, the arrest of the vessel in Panama. No doubt, *vis-à-vis* the owners, it had every right to enforce its mortgage by arrest at any time, the mortgage being badly in arrears. But the common law as expressed in *The Myrto* provides that if a mortgagee elects to exercise those mortgage rights at a time when the vessel is under contract, it will be answerable in tort to the other parties to such contract; this will be the case unless the mortgagee's intervention is justified because that contract impairs its security or because the owner is unwilling or unable to

(9) La question de savoir si le propriétaire est désireux ou en mesure d'exécuter un contrat donné est également une question de fait.

Le point essentiel qu'il faut souligner dès le départ est le fait que, selon cette autorité reconnue, il y a des cas où l'exercice habituellement légitime de droits contractuels découlant de l'hypothèque peut devenir illégal et constituer un délit.

Les affréteurs soutiennent que la Banque, comme créancier hypothécaire, est responsable selon ces principes, car, d'après les paragraphes (3) et (4), le créancier hypothécaire n'a pas le droit, dans ces circonstances, d'entraver l'exécution d'un contrat comme un contrat d'affrètement en saisissant ou en menaçant de saisir le navire. Ils font valoir que les conditions relatives à l'exercice du droit de saisie du créancier hypothécaire qui sont énoncées au paragraphe (4) n'ont pas été établies ici; en effet, la charte-partie n'a pas diminué la garantie de la Banque découlant de l'hypothèque et le propriétaire ne refusait pas ni n'était incapable d'exécuter le contrat. Les affréteurs ajoutent qu'il incombait à la Banque de démontrer que sa garantie pouvait être diminuée; à l'appui de cette proposition, ils invoquent l'arrêt *The Fanchon*.⁶

Je suis convaincu que, si les actes de la Banque avaient été commis au Canada, ils auraient constitué un délit. L'élément essentiel est le fait que la Banque, sachant que ce navire faisait l'objet d'un affrètement aux fins d'un voyage vers la côte ouest de l'Amérique du Nord, a empêché le propriétaire de se conformer au contrat dans un délai raisonnable selon l'itinéraire initialement convenu, en menaçant de saisir le navire à Panama et en se préparant à le saisir. Il est indubitable que, *vis-à-vis* des propriétaires, elle avait le droit d'exiger le remboursement de son prêt en saisissant le navire en tout temps, en raison du grand retard dans le paiement des versements hypothécaires. Toutefois, selon la règle générale exprimée dans l'arrêt *The Myrto*, si le créancier hypothécaire décide de faire valoir les droits qui découlent de son hypothèque à un moment où le navire fait l'objet d'un contrat, il engagera par le fait même sa responsabilité sur le plan délictuel envers les autres parties à ce contrat,

⁶ (1880), 50 L.J. Ad. 4 (P.D. & A.).

⁶ (1880), 50 L.J. Ad. 4 (P.D. & A.).

complete the contract. I am unable to conclude that either of those conditions applied here.

With respect to impairment of security, it must be noted in the first place that the good faith and seriousness of purpose of the Bank must be questioned in respect of its decision at this particular moment to effect an arrest. The mortgage on the *Alexandros* had been in default since November 18, 1984 and indeed regular payments had not been made since May, 1981. Although the owners had proposed to the Bank on January 10, 1986 a further rescheduling the Bank did not notify the owner until December 29, 1986 of its rejection of that proposal. In the meantime the vessel had been laid up at Piraeus from April 13, 1986 until January 13, 1987. It was not until December 8, 1986 that the Bank made inquiries as to the whereabouts of the ship through its London solicitors. If there had been any serious concern at the Bank about protecting its security some action would surely have been taken before that time. The vessel was laying without cargo in Greece for some nine months, surely representing a golden opportunity for arrest by a first preferred mortgagee under a mortgage registered in Greece where the law gives, according to the expert evidence, every priority to the mortgagee. No explanation was ever provided as to why this was not done. Even after the charter was entered into, the Bank had time to effect an arrest in Europe before the vessel was loaded. The Bank was advised on January 26, 1987, of the charter of the *Alexandros* which was commencing loading that day at Santander, Spain. The reasons given on examination for discovery, by its representative, for the Bank not taking enforcement action right then were completely specious.⁷

Nor has the Bank proven to my satisfaction that the charterparty or its performance in any way seriously impaired the Bank's security. There was nothing to suggest that the rates on the charter

⁷ Examination for discovery of Paulo Cesar Trinidad, questions 258-268.

à moins que son intervention ne soit justifiée parce que le contrat en question diminue sa garantie ou parce que le propriétaire refuse ou est incapable de se conformer au contrat. Je ne puis en arriver à la conclusion que l'une ou l'autre de ces conditions existait en l'espèce.

En ce qui a trait à la diminution de la garantie, il faut dire, en premier lieu, que l'on doit s'interroger sur la bonne foi et le sérieux de l'objectif de la Banque à l'égard de sa décision de procéder à une saisie à ce moment-là. Les versements hypothécaires relatifs au navire *Alexandros* étaient en souffrance depuis le 18 novembre 1984 et, effectivement, les paiements réguliers avaient cessé depuis mai 1981. Même si, le 10 janvier 1986, les propriétaires ont suggéré à la Banque un autre rééchelonnement, ce n'est que le 29 décembre 1986 que cette dernière a avisé les propriétaires qu'elle refusait cette proposition. Dans l'intervalle, le navire était resté désarmé au Pirée du 13 avril 1986 au 13 janvier 1987. Ce n'est que le 8 décembre 1986 que la Banque s'est informée de l'endroit où se trouvait le navire par l'entremise de ses avocats de Londres. Si elle s'était vraiment préoccupée de protéger sa garantie, la Banque aurait certainement pu adopter des mesures en ce sens avant ce moment-là. Le navire est resté désarmé sans marchandises en Grèce pendant quelque neuf mois, ce qui représentait certainement une occasion en or pour un créancier hypothécaire de premier rang détenant une hypothèque immatriculée en Grèce, où la loi accorde, selon le témoignage des experts, la priorité au créancier hypothécaire. On ne l'a pas fait et aucune explication n'a été donnée à ce sujet. Même après que le contrat d'affrètement a été conclu, la Banque avait le temps de procéder à une saisie du navire en Europe, avant que le navire ne soit chargé. La Banque a été informée de l'affrètement du navire *Alexandros* le 26 janvier 1987, date à laquelle on a commencé à charger le navire à Santander, en Espagne. Les motifs que le représentant de la Banque a invoqués au cours de l'interrogatoire préalable pour justifier l'inaction de la Banque à ce moment-là étaient tout à fait specieux⁷.

La Banque n'a pas établi non plus à ma satisfaction que la charte-partie ou son exécution diminuait de façon importante sa garantie. Aucun élément n'indiquait que les taux de l'affrètement

⁷ Interrogatoire préalable de Paulo Cesar Trinidad, questions 258 à 268.

were other than normal market rates. The charterer was to pay the major expenses including fuel, loading and discharge costs, port expenses, pilotage, etc. The owner was to pay for crew, maintenance and insurance. There was no evidence that the owner's share was not being paid prior to the voyage being interrupted off Panama. On March 11, a few days after the interruption of the voyage, the charterers offered through their solicitors in London to fund the whole of the voyage up to and including discharge in Vancouver and to pay for total loss insurance. This would have permitted the voyage to continue without any increased risk of further liens attaching to the vessel in priority to the Bank's security.

The principal contention of the Bank is that the owner as represented by Mr. George Tsavlis could not be trusted to complete the voyage, and that there was a serious danger that he would instead divert the ship to Taiwan to have it cut up for scrap thus putting it and its proceeds beyond the reach of the Bank. It was thus argued that the conditions set out in paragraph (4) of *The Myrto* principles were met here: namely that the security of the mortgage would be impaired if the voyage continued beyond Panama, and the owner was unwilling to complete the voyage pursuant to the contract.

To some extent these suspicions harboured by the Bank were based on the experience of another bank trying to exercise security over another vessel of the Tsavlis group, the *Patriotis*. While it was suggested that the *Patriotis* had been concealed from its mortgagee, there was no clear evidence on this subject nor was it demonstrated that the Banco do Brasil had any precise information at the relevant time of decision to arrest the *Alexandros* as to what had occurred in the case of the *Patriotis*. I was unwilling to accept as evidence in the present case some general statements made by the English Court of Appeal in a case involving different parties as to efforts to hide the *Patriotis*, in a proceeding concerning that vessel. Yet this was the

étaient des taux autres que les taux normaux du marché. L'affrètement devait payer les dépenses principales, dont le coût du carburant, les frais de chargement et de déchargement, les frais des opérations portuaires, les frais de pilotage et ainsi de suite. Le propriétaire devait payer les frais de l'équipage, les frais d'entretien et les primes d'assurance. Il n'a aucunement été établi que le propriétaire ne payait pas sa part avant que le voyage ne soit interrompu peu avant l'arrivée au canal de Panama. Le 11 mars, quelques jours après l'interruption du voyage, les affrètement ont offert, par l'entremise de leurs avocats de Londres, de financer l'ensemble des frais du voyage jusqu'aux frais de déchargement à Vancouver, y compris ceux-ci, et de payer une prime d'assurance pour perte totale. Cette mesure aurait permis la poursuite du voyage sans pour autant que n'augmente le risque que le navire soit grevé d'autres privilèges prenant rang avant la garantie de la Banque.

Le principal argument de la Banque est le fait que l'on ne pouvait croire que le propriétaire, représenté par M. George Tsavlis, terminerait le voyage et qu'il y avait plutôt un risque sérieux que le propriétaire détourne le navire vers Taiwan et l'envoie à la démolition là-bas, mettant ainsi le navire et son produit hors de la portée de la Banque. On a donc soutenu que les conditions énoncées au paragraphe (4) des principes de l'arrêt *The Myrto* existaient en l'espèce, soit le fait que la garantie du prêt hypothécaire serait diminuée si le voyage se poursuivait au-delà de Panama et le fait que le propriétaire ne désirait pas poursuivre le voyage conformément au contrat.

Jusqu'à un certain point, ces soupçons qu'entretenait la Banque étaient fondés sur l'expérience qu'une autre banque a vécue lorsqu'elle a cherché à faire valoir sa garantie sur un autre navire du groupe Tsavlis, le *Patriotis*. Bien qu'on ait laissé entendre que le *Patriotis* avait été dissimulé à son créancier hypothécaire, aucune preuve claire n'a été présentée à ce sujet et il n'a pas été établi non plus que la Banco do Brasil avait, au moment pertinent où elle a décidé de faire saisir le navire *Alexandros*, des renseignements précis au sujet de ce qui était arrivé dans le cas du *Patriotis*. J'étais réticent à accepter comme preuve en l'espèce des commentaires généraux que la Cour d'appel de l'Angleterre a formulés dans un cas concernant des

only information invoked as to the unreliability of the Tsavlis group in such matters which could have been available to the Bank on February 12, 1987, the day it directed its London solicitors to arrest both the *Claire* and the *Alexandros*. Mr. Tsavlis's later, somewhat extravagant, comments obviously arose out of the arrest of the *Claire*. These comments made to Mr. Best in London on March 3 and March 5 indicated that the owner would try to divert and conceal the *Alexandros*. While these threats were intemperate and imprudent it is hard to see how they could be taken seriously. The Bank would or should have had a fairly clear idea by this time as to the value of the cargo, which was several times that of the vessel. It was not credible that the *Alexandros* would either be emptied of its cargo by the owner, other than at the ports of destination pursuant to the charter, or that the cargo would be illicitly carried, at the expense of the Tsavlis group, to Taiwan. The effect of such actions on the reputation of the Tsavlis shipping group would have been enormous, as Mr. Best himself observed to Mr. Tsavlis on March 3. Such threats must be seen as part of an escalation starting with the arrest of the *Claire* on February 27 and the threat conveyed in London on March 2 to arrest the *Alexandros* while it was fully laden with cargo and in the midst of a voyage under charter. In fact by March 10 the owner's solicitor had advised the Bank's solicitor that the owner was willing to give an undertaking to complete that voyage.

I therefore conclude as a matter of fact that the continuation of the voyage through and beyond the Panama Canal would not have impaired the security of the mortgage, and that the owner was willing and able to perform that contract both prior to the interruption of the voyage off Panama and thereafter. This view is reinforced by the fact that the voyage was continued by the owner pursuant to the instructions of the charterer (or, in one instance, in accordance with the original charter notwithstanding the subsequent instructions of the

parties différentes à l'égard des mesures prises pour cacher le *Patriotis* dans une procédure concernant ce navire. Pourtant, il s'agissait là des seuls renseignements qui ont été invoqués au sujet de la non-fiabilité du groupe Tsavlis à cet égard et dont la Banque aurait pu disposer le 12 février 1987, soit la date à laquelle elle a demandé à ses avocats de Londres de saisir les navires *Claire* et *Alexandros*. Les remarques plutôt extravagantes que M. Tsavlis a formulées plus tard découlaient manifestement de la saisie du *Claire*. D'après ces commentaires qui ont été faits à M^e Best à Londres les 3 et 5 mars, le propriétaire essaierait de détourner et de dissimuler le navire *Alexandros*. Même si ces menaces étaient excessives et imprudentes, il est difficile de comprendre comment on pouvait les prendre au sérieux. À ce moment-là, la Banque devait ou aurait dû avoir une assez bonne idée de la valeur des marchandises, qui était beaucoup plus élevée que celle du navire. Il est difficile de croire que le propriétaire aurait déchargé le navire *Alexandros*, sauf aux ports de destination des marchandises conformément au contrat d'affrètement, ou que lesdites marchandises auraient été transportées illicitement à Taiwan aux frais du groupe Tsavlis. Des mesures de la sorte auraient nui énormément à la réputation du groupe d'expédition Tsavlis, comme M^e Best l'a lui-même fait remarquer à M. Tsavlis le 3 mars. Ces menaces doivent être considérées comme une partie des événements malheureux qui ont débuté par la saisie du *Claire* le 27 février et la menace faite à Londres, le 2 mars, de saisir le navire *Alexandros* alors qu'il était chargé de marchandises au cours d'un voyage effectué suivant un contrat d'affrètement. Effectivement, le 10 mars, l'avocat du propriétaire avait informé celui de la Banque que le propriétaire était prêt à s'engager à compléter le voyage.

J'en viens donc à la conclusion, comme question de fait, que la poursuite du voyage par le canal de Panama et au-delà n'aurait aucunement diminué la garantie du créancier hypothécaire et que le propriétaire était désireux et en mesure de se conformer à ce contrat tant avant l'interruption du voyage près du canal de Panama que par la suite. Cette opinion est renforcée par le fait que le propriétaire a poursuivi le voyage conformément aux directives de l'affréteur (ou, dans un cas, conformément à l'affrètement initial, malgré les

charterer) reaching all the destinations originally prescribed.

It was argued on behalf of the Bank that *The Myrto* principles cannot apply where only a threat of arrest, not an actual arrest, is complained of. It was also argued that these principles can only apply where the "interference" consists of an unlawful act.

On the first point it is true that *The Myrto* case itself involved an actual arrest and not a threat of arrest. The present case would appear to be one of first impression in terms of both Canadian and English law. I am prepared to conclude, as a matter of Canadian law, that *The Myrto* principles apply equally to threats. It may be convenient to quote principle (3) once again:

(3) Where the owner makes a contract with a third party for the employment of the ship, of such a kind and made or performable in such circumstances, that the security of the mortgagee is not impaired, and the owner is both willing and able to perform such contract, the mortgagee is not entitled, by exercising his rights under the mortgage, whether by taking possession, or selling, or arresting the ship in a mortgage action in rem, to interfere with the performance of such contract.

This paragraph states that the mortgagee is not entitled in the circumstances "to interfere with the performance of such contract". While the threat of arrest is not mentioned as a means I am satisfied that the same rationale should apply to threats. Normally a threat is lawful or unlawful depending on whether the act threatened would itself be lawful or unlawful.⁸ As it is clear from *The Myrto* that the mortgagee is not entitled to "interfere" with the performance of the contract by arrest, then it should follow that the mortgagee cannot achieve the same result—as it did here—by a threat to arrest. There can be no doubt that the threat was real: papers were filed in Panama on March 6 on the instructions of the Bank's solicitors in London and all that remained to be done was for the vessel to come within Panamanian waters.

⁸ See e.g., *Roman Corporation Ltd. et al. v. Hudson's Bay Oil and Gas Co. Ltd. et al.*, [1973] S.C.R. 820, at p. 829.

directives subséquentes de l'affréteur) et a atteint toutes les destinations initialement convenues.

L'avocat de la Banque a soutenu que les principes de l'arrêt *The Myrto* ne peuvent s'appliquer lorsqu'on reproche, non pas la saisie proprement dite, mais uniquement une menace de saisie. L'avocat a ajouté que ces principes ne peuvent s'appliquer que lorsque «l'entrave» est un acte illégal.

En ce qui a trait au premier point, il est vrai que l'arrêt *The Myrto* portait sur une saisie proprement dite et non sur une menace de saisie. Le présent cas serait donc nouveau, tant selon le droit canadien que selon le droit anglais. Je suis prêt à conclure, selon le droit canadien, que les principes de l'arrêt *The Myrto* s'appliquent également aux menaces. Il serait utile de citer à nouveau le principe (3):

[TRADUCTION] (3) Lorsque le propriétaire conclut un contrat avec un tiers relativement à l'utilisation du navire et que ce contrat est d'une nature telle ou qu'il est conclu ou exécutoire dans des circonstances telles que la garantie du créancier hypothécaire n'est pas diminuée, et que le propriétaire est désireux et en mesure d'exécuter ce contrat, le créancier hypothécaire ne peut, en exerçant les droits dont il dispose en vertu de l'hypothèque, entraver l'exécution de ce contrat, que ce soit en prenant possession du navire, en le vendant ou en le faisant saisir dans une action hypothécaire *in rem*.

Selon ce paragraphe, le créancier hypothécaire n'a pas le droit, dans les circonstances, «d'entraver l'exécution de ce contrat». Bien que la menace de saisie ne soit pas mentionnée comme moyen, je suis persuadé que le même raisonnement devrait s'appliquer aux menace. Habituellement, la légalité d'une menace dépend de la légalité de l'acte visé par la menace⁸. Comme il est évident, à la lumière de l'arrêt *The Myrto*, que le créancier hypothécaire n'a pas le droit d'«entraver» l'exécution du contrat par une saisie, il ne devrait pas être autorisé à atteindre le même résultat, comme il l'a fait en l'espèce, au moyen d'une menace de saisie. Il est indéniable que la menace était réelle: des documents ont été déposés à Panama le 6 mars au sujet des directives des avocats de la Banque à Londres et tout ce qu'il restait à faire, c'était d'attendre que le navire arrive dans les eaux panaméennes.

⁸ Voir, par exemple, *Roman Corporation Ltd. et autre c. Hudson's Bay Oil and Gas Co. Ltd. et autres*, [1973] R.C.S. 820, à la p. 829.

Equally, I fail to understand the argument that *The Myrto* principles only apply where the act complained of is unlawful, and that the arrest of a vessel by a mortgagee is not unlawful. Accepting, as counsel agree, that *The Myrto* represents the law of Canada and determining, as I must, whether if all the acts had been committed in Canada there would be liability in tort under the principles of *The Myrto*, I am unable to see why there would not. What *The Myrto* means is that *in such circumstances* the mortgagee is not entitled to enforce its security through arrest, at least not without incurring the risk of liability in tort to the charterers or others having contracts with the owner for the employment of the ship. If the interference were *per se* unlawful regardless of circumstances there would, of course, be no need to resort to the principles of *The Myrto*.

There was some dispute as to whether the charterparty had in fact been breached, or whether the charterers had simply acquiesced in the delay by March 10 and then assumed the direction of the voyage themselves. It is clear that as a practical matter the Bank "interfered" (to use *The Myrto* expression) with the normal and proper performance of the charterparties and bills of lading to which the charterers were entitled.

I am therefore satisfied that, had all the acts complained of occurred in Canada, there would have been liability in tort to the charterers for the increased costs flowing to them as a result of the interference with the normal course of the voyage which interference appears to have commenced, at the latest, on March 6.

Were the acts justifiable where they occurred?

To answer this question one must first ascertain where the acts which would constitute a tort in Canada did in fact occur. The tort is that of inducement of breach of contract. Without attempting to define for all purposes the *locus* of

En outre, je ne puis comprendre l'argument selon lequel les principes de l'arrêt *The Myrto* ne s'appliquent que lorsque l'acte reproché est illégal et selon lequel la saisie d'un navire par un créancier hypothécaire n'est pas illégale. Je reconnais, comme les avocats l'ont admis, que l'arrêt *The Myrto* représente le droit au Canada. Ma tâche consiste donc à déterminer si les actes auraient donné lieu à une responsabilité délictuelle suivant les principes de cet arrêt, s'ils avaient été commis au Canada, et je ne puis voir pourquoi cette responsabilité n'aurait pas existé. Ce que l'arrêt *The Myrto* signifie, c'est que, *dans ces circonstances*, le créancier hypothécaire *n'a pas le droit de faire valoir sa garantie au moyen d'une saisie*, ou que, du moins, il ne peut le faire sans courir le risque de se voir tenu responsable sur le plan délictuel envers les affréteurs ou des tiers qui ont conclu un contrat avec le propriétaire à l'égard de l'utilisation du navire. Si l'entrave elle-même était illégale, indépendamment des circonstances, il ne serait évidemment pas nécessaire de recourir aux principes adoptés dans l'arrêt *The Myrto*.

Les parties ne s'entendaient pas sur la question de savoir si la charte-partie avait effectivement été violée ou si les affréteurs avaient simplement consenti au délai le 10 mars et assumé la direction du voyage par la suite. À toutes fins utiles, il est évident que la Banque a «entravé» (pour reprendre le mot utilisé dans l'arrêt *The Myrto*) l'exécution normale et appropriée des chartes-parties et des connaissements à laquelle les affréteurs avaient droit.

Je suis donc convaincu que, si tous les actes reprochés avaient été commis au Canada, ils auraient donné lieu à une responsabilité délictuelle envers les affréteurs à l'égard des frais supplémentaires que ceux-ci ont dû engager en raison de l'entrave à la poursuite normale du voyage, laquelle entrave semble avoir débuté, au plus tard, le 6 mars.

Les actes étaient-ils justifiables là où ils ont été commis?

Pour répondre à cette question, il faut d'abord déterminer où les actes qui constituent un délit au Canada ont effectivement été commis. Le délit en question est celui d'avoir incité une partie à violer son contrat. Sans tenter de définir pour toutes les

such a tort, it appears to me that in this case it can be regarded as having been committed in London. It was in London on March 2, March 3, and March 5, that the Bank's London solicitors conveyed the threats to the owner's solicitors and to its representative, Mr. Tsavlis, that the Bank would arrest the *Alexandros* when it reached Panama. This was followed up by the London solicitors for the Bank issuing instructions to Panamanian lawyers on March 5 and 6 to prepare and then to file arrest documents in that country. The evidence indicates the probability, and this was not refuted, that the resulting decision on behalf of the owner to interrupt the voyage was taken by Mr. Tsavlis in London. The evidence also indicates that throughout this time the day-to-day decisions were being taken on behalf of the Bank by Coward Chance, their London solicitors, pursuant to very general instructions given on February 12th to take enforcement action against both the *Claire* and the *Alexandros*. I believe these circumstances are sufficient to fix the *locus* of the tort as England. There are many other factors suggesting England as the dominant jurisdiction, were one to apply the test of the "proper law of the tort". Among these is the fact that the charterparties both provided for arbitration in London. I am not however adopting that approach.

Turning then to the law of England I must again determine in accordance with *The Myrto* whether the Bank's actions in England were justified. I was assisted in ascertaining the law of England by the expert evidence of Mr. Nicholas V. Taylor, an English solicitor testifying on behalf of the charterers, and Mr. Kenneth Stuart Rokison, Q.C. an English barrister testifying on behalf of the Bank. They provided me with their respective, and somewhat conflicting, views on the implications of *The Myrto* in respect of facts such as those which I have before me. Mr. Taylor defined the principles flowing from *The Myrto* in a manner sufficiently broad to cover the present situation. Mr. Rokison, on the other hand, raised some important considerations as to why *The Myrto* should not be applied beyond the particular facts involved in that case. He sees *The Myrto* as an exception to the general principle that one should not be liable for exercising one's own rights whatever the consequences may be to other people. Therefore he would not

fins l'emplacement d'un tel délit, il me semble que, en l'espèce, on peut dire qu'il a été commis à Londres. C'est à Londres, les 2, 3 et 5 mars, que les avocats de Londres de la Banque ont fait savoir aux avocats du propriétaire et au représentant de celui-ci, M. Tsavlis, que la Banque saisirait le navire *Alexandros* lorsqu'il atteindrait Panama. À la suite de cette menace, les avocats de Londres de la Banque ont demandé aux avocats de Panama, les 5 et 6 mars, de préparer et déposer des documents de saisie dans ce pays-là. Selon la preuve, il est probable que la décision du propriétaire d'interrompre le voyage a été prise par M. Tsavlis à Londres, et cette probabilité n'a pas été réfutée. La preuve indique également que, pendant toute cette période-là, les décisions de chaque jour étaient prises au nom de la Banque par Coward Chance, ses avocats de Londres, conformément à des directives très générales données le 12 février à l'égard de la saisie des navires *Claire* et *Alexandros*. À mon avis, ces circonstances sont suffisantes pour dire que le délit a été commis en Angleterre. De nombreux autres facteurs tendent à indiquer que l'Angleterre est le territoire dominant, selon l'application du test de la «loi appropriée du délit». Parmi ces facteurs, mentionnons le fait que les deux contrats d'affrètement prévoyaient que l'arbitrage aurait lieu à Londres. Toutefois, je n'adopte pas ce raisonnement.

En ce qui a trait à la règle de droit de l'Angleterre, je dois déterminer à nouveau, conformément à l'arrêt *The Myrto*, si les actions de la Banque en Angleterre étaient justifiées. Pour déterminer en quoi consiste la règle de droit de l'Angleterre, j'ai été aidé par le témoignage d'expert de M^e Nicolas V. Taylor, avocat anglais qui a témoigné pour le compte des affréteurs, et par celui de M^e Kenneth Stuart Rokison, c.r., avocat anglais qui a témoigné au nom de la Banque. Ces avocats m'ont présenté leurs opinions quelque peu contradictoires au sujet de l'incidence de l'arrêt *The Myrto* sur des faits semblables à ceux sur lesquels je dois me prononcer en l'espèce. M^e Taylor a défini les principes découlant de l'arrêt *The Myrto* d'une façon suffisamment large pour couvrir la présente situation. Pour sa part, M^e Rokison a invoqué des arguments sérieux allant à l'encontre de l'application de l'arrêt *The Myrto* au-delà de la situation particulière qui prévalait dans cette cause-là. Selon lui, l'arrêt *The Myrto* est une exception au principe général

expect that exception to be broadened beyond cases of actual interference so as to cover merely threatened interference with the voyage. Even if a threat were seen as a tort, the proper remedy would be an injunction. In his view an English court would still look to the legality of the threatened act in the place where it was to be carried out. That is, in the present circumstances he would say that the legality of the threat should be measured by the law of Panama where the arrest would have taken place. He did not, nor of course was he entitled to, express an opinion on the law of Panama with respect to a possible tort of interference by mortgagees in the performance of contracts for the employment of vessels under mortgage.

It is clear that the present case is not on all fours with *The Myrto*. In that case there had been an arrest in England and the remedy in question was the release of the vessel. I have been provided with conflicting opinions by experts as to whether the principles of *The Myrto* would or would not be extended by an English court to cover a case such as the present. There being no agreement on this point, and foreign law being ultimately a matter of fact to be found by the trial judge, I must make a finding of my own as to the relevant law of England. I can only do this by deduction from the principles enunciated in *The Myrto*. For the reasons which I have set out above in connection with the determination of Canadian law on the subject, it appears to me that the principles enunciated in *The Myrto* must logically be taken to apply to a case such as the present. If in the circumstances the mortgagee is precluded, in the exercise of his rights, from interference with a contract for employment of a vessel by arrest of the vessel, it logically follows that he must also be liable if he achieves the same result through a threat of arrest where he has the means of carrying out that threat. Otherwise, in a case such as the present one, it would be relatively easy and risk-free for the mortgagee to stop a voyage by threat of arrest and coerce the charterers into all manner of commitments in order for them to gain the benefits of

selon lequel une personne ne devrait pas être tenue responsable lorsqu'elle exerce ses propres droits, quelles que soient les conséquences de ses actions pour d'autres personnes. Selon lui, cette exception ne devrait donc pas s'appliquer à des cas autres que des cas d'entrave réelle et ne devrait pas couvrir de simples menaces d'entrave. Même si une menace était considérée comme un délit, le redressement approprié serait une injonction. À son avis, un tribunal anglais examinerait encore la légalité de l'acte faisant l'objet des menaces à l'endroit où il était sur le point d'être exécuté. En l'espèce, selon lui, la légalité de la menace devrait être examinée à la lumière de la loi du Panama, c'est-à-dire l'endroit où la saisie aurait eu lieu. Il n'a pas formulé d'opinion et, bien entendu, il n'avait pas le droit de le faire, sur le droit du Panama à l'égard d'un délit possible d'entrave par les créanciers hypothécaires à l'exécution de contrats concernant l'utilisation de navires grevés d'une hypothèque.

Il est bien évident que la situation en l'espèce n'est pas tout à fait identique à celle de l'arrêt *The Myrto*. Dans cette affaire-là, il y avait une saisie en Angleterre et le redressement en question était une mainlevée de la saisie du navire. On m'a présenté des opinions contradictoires de spécialistes au sujet de la question de savoir si un tribunal anglais appliquerait ou non les principes de l'arrêt *The Myrto* dans un cas semblable à celui dont je suis saisi. Comme il n'y a pas d'entente à ce sujet et que le droit étranger est, en dernier ressort, une question de fait qu'il appartient au juge de première instance de trancher, je dois tirer mes propres conclusions au sujet du droit pertinent de l'Angleterre. Je ne puis le faire qu'au moyen d'une déduction tirée des principes énoncés dans l'arrêt *The Myrto*. Pour les motifs que j'ai exprimés plus haut à l'égard de la détermination du droit canadien sur le sujet, il me semble qu'il faut, en toute logique, appliquer les principes énoncés dans l'arrêt *The Myrto* dans un cas semblable au présent litige. Si, dans les circonstances, le créancier hypothécaire est empêché, lors de l'exercice de ses droits, d'entraver l'exécution d'un contrat relatif à l'utilisation d'un navire au moyen de la saisie de celui-ci, il s'ensuit logiquement que le créancier doit être tenu responsable s'il atteint le même résultat par une menace de saisie, lorsqu'il a le moyen de mettre cette menace à exécution. Autre-

a lawful contract previously made by them with the owner. I do not accept that that is the law of England or of Canada.

Mr. Rokison and counsel for the Bank also sought in effect to read out of subparagraph (6)(c) of *The Myrto* principles, quoted above, the remedy of damages. Again, drawing from the language of that judgment, and putting aside conflicting expert evidence, I am unable to exclude damages as a remedy. Paragraph (5) of those principles states that, where the mortgagee interferes in circumstances described there, "he commits a tort (or actionable wrong in the nature of a tort) against the third party". Paragraph (6) goes on to say that the remedies available to the third party in respect of such tort are as follows:

(a) where the mortgagee interferes by taking possession or seeking to sell, an injunction restraining him from doing so;

(b) where the mortgagee interferes by arresting the ship in a mortgage action *in rem*, an order for the release of the ship from arrest in such action;

(c) further or alternatively to (a) or (b) above, damages.

Counsel for the Bank contended that unless the mortgagee had interfered by one of the means referred to in subparagraph (a) or (b), that is by taking possession, seeking to sell, or arresting the ship, then the damages referred to in (c) were not available. I am unable to read the paragraph in that way. It appears to me that the literal meaning is that once a tort has been established then the third party is entitled to damages or, if one of the particular means of interference referred to in (a) or (b) has occurred then the third party is entitled additionally or alternatively to the particular remedies referred to in those subparagraphs.

In short, the tort is that of interference which may be committed by actual taking of possession or arrest of the vessel or it may be achieved by

ment, dans un cas comme le présent litige, il serait relativement simple et peu risqué pour le créancier hypothécaire d'interrompre un voyage en brandissant une menace de saisie et de forcer les affréteurs à conclure toutes sortes d'engagements pour obtenir les avantages d'un contrat légal qu'ils ont préalablement conclu avec le propriétaire. Je ne crois pas que cette possibilité corresponde au droit en vigueur en Angleterre ou au Canada.

M^e Rokison et l'avocat de la Banque ont également cherché à obtenir des dommages-intérêts en invoquant l'alinéa (6)c) des principes précités de l'arrêt *The Myrto*. Encore là, d'après les termes utilisés dans ce jugement, sans tenir compte des témoignages contradictoires des experts, je ne puis exclure les dommages-intérêts comme redressement. Selon le paragraphe (5) de ces principes, lorsque le créancier hypothécaire commet une entrave dans les circonstances décrites dans ce paragraphe, il se rend coupable d'un «délit (ou d'une faute de la nature d'un délit ouvrant droit à une poursuite) contre le tiers». Au paragraphe (6), il est dit que les recours dont le tiers dispose à l'égard de ce délit sont les suivants:

(a) lorsque le créancier hypothécaire commet une entrave en prenant possession du navire ou en cherchant à le vendre, une injonction lui interdisant de le faire;

(b) lorsque le créancier hypothécaire commet une entrave en saisissant le navire dans une action hypothécaire *in rem*, une ordonnance de mainlevée de la saisie du navire;

(c) en plus des recours prévus aux alinéas (a) ou (b) qui précèdent ou subsidiairement à ceux-ci, des dommages-intérêts.

L'avocat de la Banque a fait valoir que, à moins que le créancier hypothécaire n'ait commis l'entrave par l'un des moyens mentionnés aux alinéas (a) ou (b), c'est-à-dire en prenant possession du navire ou en cherchant à le vendre ou à le saisir, les dommages-intérêts mentionnés à l'alinéa (c) ne constituent pas un redressement disponible. Je ne puis lire ce paragraphe de cette façon. Il me semble que, d'après le sens littéral, une fois qu'un délit a été établi, le tiers a droit à des dommages-intérêts ou, si l'un des moyens d'entrave mentionnés aux alinéas (a) ou (b) a été utilisé, le tiers a droit aux redressements précis mentionnés dans ces sous-alinéas, que ce soit en plus des dommages-intérêts ou au lieu de ceux-ci.

Bref, le délit en question est celui de l'entrave qui peut être commise par la prise de possession réelle ou la saisie du navire ou par des menaces en

threats to do the same things. Once injury flows from those threats then the tort is completed and damages are available. It would be a curious doctrine indeed that limited the remedies for a tort to injunctions or release of a vessel wrongfully seized. It is injunctive relief which is the exception, not the rule, in tort remedies.

Further, in applying the choice of law rules as laid down in *Phillips v. Eyre*⁹ I need not, in order to find liability, be satisfied that the charterers could have had the specific remedy of damages had they sued in England. All I need to find is that the threats in question were not justified under English law, in order to sustain a tort action in Canada. I am satisfied that Canadian law itself should allow damages in such a case.

I am therefore satisfied that a tort was committed in England that was actionable under Canadian law and under English law and that the Bank is liable for loss caused to the charterers flowing from the interruption of performance of the charterparty and bills of lading, which interruption commenced on March 6, 1987.

This finding is of course in no way a vindication of the owner of the *Alexandros* which has acted unfairly, unwisely, and in frequent disregard of its contractual obligations both to the Bank and to the charterers. The Bank however has also acted erratically: for example in doing nothing to enforce its security until the *Alexandros* had finally obtained and commenced to perform under a charterparty, and then interfering with its opportunity to earn money under that charterparty in a way which did nothing to enhance the Bank's security. Ultimately it refused to allow the vessel to transit the Panama Canal because of its concern over the possibility that such an action as the present might be brought against it by the charterers. Its insistence on a waiver clause precluding such an action had nothing to do with protecting its security. The Bank was also very slow to make

vue de faire la même chose. Lorsqu'un préjudice découle de ces menaces, le délit est commis et des dommages-intérêts peuvent être obtenus. Il serait étrange que les redressements disponibles à l'égard d'un délit se limitent à l'injonction ou à la mainlevée de la saisie d'un navire saisi de façon illicite. L'injonction constitue l'exception, et non la règle, dans les redressements relatifs à des délits.

En outre, lorsque j'applique les règles sur le choix du droit qui sont énoncées dans l'arrêt *Phillips v. Eyre*⁹, je ne vois pas la nécessité, pour déclarer qu'il y a responsabilité, d'être convaincu que les affréteurs auraient pu obtenir des dommages-intérêts s'ils avaient intenté leur action en Angleterre. La seule conclusion que je dois tirer pour pouvoir accueillir l'action délictuelle au Canada, c'est que les menaces en question n'étaient pas justifiées selon le droit anglais. Je suis convaincu que le droit canadien lui-même devrait permettre l'octroi de dommages-intérêts dans un cas de cette nature.

Je suis donc convaincu qu'un délit a été commis en Angleterre, que ce délit ouvrait droit à une poursuite selon le droit canadien et le droit anglais et que la Banque est responsable du préjudice causé aux affréteurs à la suite de l'interruption de l'exécution de la charte-partie et des connaissances, laquelle interruption a débuté le 6 mars 1987.

Bien entendu, cette conclusion ne justifie aucunement le comportement du propriétaire du navire *Alexandros*, qui a agi de façon injuste et imprudente et, dans bien des cas, sans tenir compte de ses obligations contractuelles envers la Banque et les affréteurs. Toutefois, la Banque a également agi de façon erratique, par exemple, en omettant de faire quoi que ce soit pour faire valoir sa garantie avant que le propriétaire du navire *Alexandros* n'ait finalement obtenu un contrat d'affrètement et commencé à remplir ses obligations découlant de ce contrat et, par la suite, en empêchant le propriétaire du navire de gagner de l'argent à l'aide de ce contrat d'affrètement sans pour autant accroître sa garantie à elle. Finalement, elle a refusé de permettre au navire de franchir le canal de Panama, parce qu'elle craignait que les affréteurs n'intentent contre elle une

⁹ *Supra*, note 1.

⁹ Voir plus haut, la note 1.

decisions or give instructions. It failed to reply to telex messages—one on March 11 and two on March 13, from the charterers. Due to a strike it was virtually incommunicado for more than a week during a most critical stage of the negotiations at the end of March. The result is that it has caused a substantial loss to the charterers without achieving any legitimate goals of its own.

Disposition

There will therefore be judgment for the charterers, Pan American and Euro-Lines, for damages suffered by them resulting from the breach of the charterparties and, in respect of Euro-Lines, resulting from the breach of its bill of lading contracts. By agreement of the parties there will be a reference to ascertain damages. Costs are awarded to Pan American and to Euro-Lines who are hereby requested to prepare a formal judgment and seek the consent of the Bank. If consent is obtained an application for the entry of formal judgment can be made under Rule 324 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663] but if some further problem arises it may be necessary to have the matter spoken to.

action semblable au présent litige. Le fait qu'elle a insisté sur une clause de renonciation ayant pour effet d'interdire une action de cette nature n'a rien à voir avec la protection de sa garantie. En outre, ^a la Banque a mis beaucoup de temps à prendre des décisions ou à donner des directives. Elle n'a pas répondu aux messages que les affréteurs lui ont fait parvenir par télex, soit un en date du 11 mars et deux en date du 13 mars. En raison d'une grève, ^b elle est demeurée pour ainsi dire *incommunicado* pendant plus d'une semaine, à un moment très critique des négociations à la fin de mars. Elle a donc causé un préjudice important aux affréteurs sans atteindre des objectifs légitimes.

c Décision

Un jugement sera donc rendu en faveur des affréteurs, Pan American et Euro-Lines, à l'égard des dommages qu'ils ont subis à la suite de la violation des chartes-parties et, dans le cas de la société Euro-Lines, à la suite de la violation de ses contrats de connaissance. ^d Suivant une entente entre les parties, il y aura un renvoi pour déterminer le montant des dommages-intérêts. Les dépens ^e sont adjugés à Pan American et Euro-Lines, à qui je demande, par les présentes, de préparer un jugement officiel et de chercher à obtenir le consentement de la Banque. Si le consentement est obtenu, une demande d'inscription du jugement officiel pourra être faite suivant la Règle 324 [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663]. Toutefois, si d'autres problèmes surviennent, il sera peut-être nécessaire que la question soit entendue. ^f

T-1174-87

T-1174-87

Banco do Brasil S.A. (Plaintiff)

v.

The Owner and All Others interested in the Ship *Alexandros G. Tsavlis* and the Ship *Alexandros G. Tsavlis* (Defendants)

and

Nikolas Hiotis, on his own behalf and on behalf of the Crew of the Ship *Alexandros G. Tsavlis* (Intervenors)

and

Pan American Steamship Lines Inc. and European-Overseas Steamship Lines N.V. (Second Intervenors)

and

Astrapi Maritime Limited (Third Intervenor)

and

Zodiac Maritime Agencies Ltd. (Fourth Intervenor)

T-1381-87

Pan American Steamship Lines Inc. and European-Overseas Steamship Lines N.V. (Plaintiffs)

v.

The Ship *Alexandros G. Tsavlis*, Panalex Shipping Company Limited and all Others interested in the Vessel *Alexandros G. Tsavlis* and Banco do Brasil S.A. (Defendants)**INDEXED AS: BANCO DO BRASIL S.A. v. ALEXANDROS G. TSAVLIRIS (THE) (T.D.)****Trial Division, Strayer J.—Ottawa, August 15, 1990.**

Practice — Judgments and orders — Reversal or variation — Before formal judgment entered, one of defendants moved for reconsideration of reasons for judgment — Within Court's power under R. 303(1) — Motion allowed in part — Passage of reasons objected to obiter — Passage deleted — However, as defendant sought to reopen issues already dealt with at trial and as deletion of obiter dictum without effect on case, costs awarded to other side.

Banco do Brasil S.A. (demanderesse)

c.

^a Le propriétaire et toutes les autres personnes ayant un droit sur le navire *Alexandros G. Tsavlis* et le navire *Alexandros G. Tsavlis* (défendeurs)**^b et****Nikolas Hiotis, en son propre nom et au nom de l'équipage du navire *Alexandros G. Tsavlis* (intervenants)****^c et****Pan American Steamship Lines Inc. et European-Overseas Steamship Lines N.V. (deuxièmes intervenantes)****^d et****Astrapi Maritime Limited (troisième intervenante)****^e et****Zodiac Maritime Agencies Ltd. (quatrième intervenante)**

T-1381-87

^f Pan American Steamship Lines Inc. et European-Overseas Steamship Lines N.V. (demanderesse)

c.

^g Le Navire *Alexandros G. Tsavlis*, Panalex Shipping Company Limited et toutes les autres personnes ayant un droit sur le navire *Alexandros G. Tsavlis* et Banco do Brasil S.A. (défendeurs)**^h RÉPERTORIÉ: BANCO DO BRASIL S.A. c. ALEXANDROS G. TSAVLIRIS (LE) (1^{re} INST.)****Section de première instance, juge Strayer—Ottawa, 15 août 1990.**

Pratique — Jugements et ordonnances — Annulation ou modification — Avant que la minute du jugement ne soit enregistrée, l'un des défendeurs a demandé le réexamen des motifs de jugement — La Règle 303(1) des Règles accorde ce pouvoir à la Cour — Requête accueillie en partie — Le passage auquel on s'oppose est une remarque incidente — Le passage est supprimé — Cependant, comme la défenderesse a tenté de rouvrir le débat sur des questions déjà examinées au procès et comme la suppression de la remarque incidente n'aura aucun effet sur la cause, les dépens sont adjugés à l'autre partie.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 303(1),(2).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Yost v. Administrator under the Anti-Inflation Act, [1980] 2 F.C. 720 (C.A.); *Shairp v. M.N.R.*, [1989] 1 F.C. 562; [1988] 2 C.T.C. 344; (1988), 88 DTC 6484; 93 N.R. 396 (C.A.).

Motion dealt with without personal appearance.

SOLICITORS:

Campney & Murphy, Vancouver, for Banco do Brasil.

Bull, Housser & Tupper, Vancouver, for Pan American Steamship Lines Inc., et al.

The following are the reasons for order rendered in English by

STRAYER J.: On April 27, 1990 I issued reasons for judgment in these actions [*supra*, at page 260], finding in favour of the charterers (intervenors and counter-claimants in T-1174-87, plaintiffs in T-1381-87) against the Banco do Brasil S.A. ("the Bank") (plaintiff, and defendant by counter-claim in T-1174-87 and defendant in T-1381-87). I requested counsel to prepare a formal judgment for my approval. Before this was done, counsel for the Bank filed a notice of motion requesting reconsideration of the reasons for judgment. In particular the Bank took note of the following passage in my reasons for judgment.

There was no cogent argument on behalf of the Bank as to any other country being the *locus* of the alleged tort. There was some suggestion that the legality of the Bank's actions should be tested by the law of Panama but no evidence was provided to me as to the law of Panama in this respect. I would be obliged to assume, in the absence of evidence to the contrary, that in this respect the law of Panama would be the same as that of the *lex fori*, i.e. Canada.

In essence, the Bank contends that I thereby made a finding that the law of Panama was the same as the law of Canada but, having done that, I failed to consider the implications of such a finding. In

LOIS ET RÈGLEMENTS

Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 303(1),(2).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Yost c. Le Directeur nommé en vertu de la Loi anti-inflation, [1980] 2 C.F. 720 (C.A.); *Shairp c. M.R.N.*, [1989] 1 C.F. 562; [1988] 2 C.T.C. 344; (1988), 88 DTC 6484; 93 N.R. 396 (C.A.).

Requête jugée sur dossier sans comparution des parties.

PROCUREURS:

Campney & Murphy, Vancouver, pour Banco do Brasil.

Bull, Housser & Tupper, Vancouver, pour Pan American Steamship Lines Inc. et autres.

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

LE JUGE STRAYER: Le 27 avril 1990, j'ai prononcé des motifs de jugement dans les présentes actions [voir ci-dessus, à la page 260]. J'ai donné gain de cause aux affréteurs (intervenantes et demandereses reconventionnelles dans le dossier T-1174-87, demandereses dans le dossier T-1381-87) et j'ai rejeté les prétentions de Banco do Brasil S.A. («la Banque») (demanderesse et défenderesse reconventionnelle dans le dossier T-1174-87 et défenderesse dans le dossier T-1381-87). J'ai demandé aux avocats de rédiger la minute du jugement et de me la soumettre pour ratification. Avant de donner suite à cette demande, l'avocat de la Banque a déposé un avis de requête dans lequel il a demandé le réexamen des motifs de jugement. La Banque a notamment relevé le passage suivant de mes motifs de jugement:

La Banque n'a présenté aucun argument convaincant permettant de dire que le *locus* du délit reproché était un autre pays. Elle a laissé entendre que la légalité de ses actes devrait être déterminée à la lumière du droit du Panama, mais aucune preuve n'a été présentée au sujet de la loi du Panama à cet égard. En l'absence de preuve dans le sens contraire, je dois présumer que, sur ce point, le droit du Panama serait identique à la *lex fori*, c'est-à-dire le droit du Canada.

La Banque soutient essentiellement que j'ai de ce fait conclu que le droit du Panama était identique à celui du Canada, mais que j'ai ensuite négligé de me pencher sur les conséquences d'une telle con-

essence, the Bank contends that if the law of Panama is the same as that of Canada with respect to the liability in tort of a mortgagee who arrests a mortgaged ship under charter, then the threatened arrest at Panama would have been remediable and the charterers cannot claim damages for the cost of circumnavigating South America in order to avoid arrest of their chartered ship in Panama. The charterers argue essentially that the law of Panama concerning the liability for mortgagees for interference with the performance of a charter by a mortgaged ship is irrelevant to the present case and that the reasons for judgment did not purport to make a finding on that subject.

The charterers also objected to this application on procedural grounds, arguing that such a remedy was not available under the Rules of the Federal Court [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663]. While this point has given me some difficulty I believe that it is open to the Bank to make such an application. It is probably justified under Rule 303(1) which allows the Court "at any stage of a proceeding" to "order any document in the matter to be amended". Rule 303(2) provides that this procedure does not apply to a judgment or order. What is in question here is not a judgment or order but my reasons, and no judgment having been entered yet to give effect to those reasons I believe I can amend them. This appears to be consistent with certain jurisprudence of the Federal Court of Appeal.¹

It is clear that the passage quoted above to which the Bank takes exception was an *obiter dictum*. After making a finding that the tort had occurred in England I was simply reinforcing that conclusion by pointing out that there was no coherent evidence in support of any other *locus*. While in argument the Bank stressed that the arrest by the Bank in Panama would have been legal by Panamanian law, in the context of the passage quoted above I was simply making the

¹ See e.g. *Yost v. Administrator under the Anti-Inflation Act*, [1980] 2 F.C. 720 (C.A.); *Shairp v. M.N.R.*, [1989] 1 F.C. 562 (C.A.).

conclusion. La Banque soutient essentiellement que si le droit du Panama est identique à celui du Canada en ce qui a trait à la responsabilité délictuelle du créancier hypothécaire qui saisit un navire affrété qui est grevé d'une hypothèque, la menace de saisie au Panama aurait été remédiable et les affréteurs ne peuvent réclamer des dommages-intérêts pour avoir fait le tour de l'Amérique du Sud par mer pour éviter que leur navire affrété soit saisi au Panama. Les affréteurs affirment essentiellement que les règles de droit du Panama relatives à la responsabilité des créanciers hypothécaires pour entrave à l'exécution d'un contrat d'affrètement par un navire hypothéqué sont dénuées de pertinence en l'espèce et que les motifs de jugement n'étaient pas censés contenir de conclusion à ce sujet.

Les affréteurs ont également soulevé une exception de procédure contre la présente requête, en faisant valoir qu'un tel recours ne pouvait être exercé en vertu des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., chap. 663]. Bien que cette question m'ait causé certaines difficultés, j'estime qu'il est loisible à la Banque de présenter une telle requête. Cette requête est probablement justifiée en vertu de la Règle 303(1) des Règles, qui permet à la Cour «à tout stade d'une procédure . . . [d'] ordonner qu'un document afférent à la question soit rectifié». La Règle 303(2) prévoit que cette procédure ne s'applique pas aux jugements et aux ordonnances. En l'espèce, il n'est pas question d'un jugement ou d'une ordonnance, mais bien de mes motifs, et comme aucun jugement n'a encore été rendu pour donner effet à ces motifs, j'estime que je peux les modifier. Cela semble s'accorder avec une certaine jurisprudence de la Cour d'appel fédérale¹.

Il est évident que le passage précité auquel la Banque s'oppose était une remarque incidente. Après avoir conclu que le délit s'était produit en Angleterre, je renforçais simplement cette conclusion en soulignant qu'il n'y avait pas de preuve cohérente permettant de conclure à un autre *locus*. Il est vrai qu'au cours du débat, la Banque a insisté sur le fait que si elle avait été opérée par la Banque au Panama, la saisie aurait été légale en droit panaméen; cependant, dans le contexte du passage

¹ Voir, par ex., les décisions *Yost c. Le Directeur nommé en vertu de la Loi anti-inflation*, [1980] 2 C.F. 720 (C.A.); et *Shairp c. M.R.N.*, [1989] 1 C.F. 562 (C.A.).

observation that there was no evidence before me as to what the law in Panama would be with respect to the liability of the mortgagee in such circumstances to the charterers. That is, I was referring to the question of whether there is in Panamanian law a tort of unjustified interference by a mortgagee with the performance of a charterparty by a mortgaged ship. If the tort had been committed in Panama, I would have had to come to a conclusion on that point in order to determine whether such an act was "unjustified" by the law of Panama to enable me to decide whether the charterers could succeed in their action in a Canadian court.

It is clear throughout my reasons for judgment that I found the tort to have been committed in England and as it was being sued on in a Canadian court it would have to be actionable in tort in Canada and not justified in England. The only relevance that Panamanian law had was in establishing the reality of the threat to arrest in Panama. I agree with counsel that it was assumed throughout the case that such a threat was meaningful. For this reason my comments as quoted above were unnecessary to any of the essential findings in the case, dealing only with a hypothetical situation by pointing out that if it were to be seriously contended that Panama was the *locus* of the alleged tort I would then either have to have more evidence as to its actionability as between the Bank and the charterers or in the absence of such evidence would have to assume that, as in Canada, such intervention would as between the mortgagee and third parties to the mortgage (the charterers) not be "justifiable". The passage is unnecessary and therefore in response to the request of the Bank I am striking that paragraph from my reasons.

Much of what the Bank has submitted in its written argument on this motion is really, it seems to me, supplementing its arguments at trial that a mere threat to arrest without actual arrest is not a tort and that damages are not available for wrongful interference by a mortgagee in the performance of a charter by a mortgaged ship. Further, it is a

précité, je signalais simplement qu'on ne m'avait présenté aucun élément de preuve au sujet de ce que serait le droit du Panama à l'égard de la responsabilité du créancier hypothécaire envers les affrêteurs dans ces circonstances. En d'autres termes, je faisais allusion à la question de savoir s'il existe en droit panaméen un délit d'entrave injustifiée de la part d'un créancier hypothécaire à l'exécution d'une charte-partie par un navire hypothéqué. Si le délit avait été commis au Panama, il m'aurait fallu en arriver à une conclusion sur cette question afin de déterminer si un tel acte était «injustifiable» selon le droit du Panama, pour pouvoir établir si les affrêteurs pouvaient obtenir gain de cause devant les tribunaux canadiens.

Il ressort à l'évidence de l'ensemble de mes motifs de jugement que j'ai conclu que le délit avait été commis en Angleterre et que, comme il faisait l'objet d'une poursuite devant un tribunal canadien, ce délit devait ouvrir droit à une action en responsabilité civile délictuelle au Canada et ne pas être justifiable en Angleterre. Le droit panaméen n'était pertinent que pour établir la réalité de la menace de saisie au Panama. Je suis d'accord avec l'avocat pour dire qu'on a présumé durant toute l'affaire que cette menace était réelle. Pour cette raison, mes commentaires précités n'étaient nécessaires à aucune des conclusions essentielles tirées dans cette affaire, car j'évoquais seulement une situation hypothétique en signalant que si l'on devait prétendre sérieusement que le Panama était le *locus* du délit reproché, il me faudrait alors soit obtenir davantage d'éléments de preuve établissant que ce délit ouvrirait droit à une poursuite entre la Banque et les affrêteurs soit, en l'absence de tels éléments de preuve, présumer que, comme au Canada, cette entrave ne serait pas «justifiable» entre le créancier hypothécaire et les personnes étrangères à l'hypothèque (les affrêteurs). Le passage en question est superflu et par conséquent, en réponse à la demande de la Banque, je retranche ce paragraphe de mes motifs.

Il me semble qu'une grande partie des prétentions que la Banque a avancées dans les observations écrites qu'elle a déposées à l'appui de la présente requête ne font en réalité que reprendre les prétentions qu'elle a formulées au procès en affirmant qu'une simple menace de saisie qui n'est pas mise à exécution ne constitue pas un délit et

repetition of the Bank's position which, in my view, confuses the rights of the mortgagee as against the mortgagor with its rights as against innocent third parties who have chartered the mortgaged ship. Again, this is in part a reopening of issues already dealt with at trial and in my reasons and I do not propose to deal with them further. I have made it clear I find against the Bank on these issues. No doubt my findings as to Canadian law on this subject will be reviewed in time by higher authority. That is sufficient.

Although the Bank has partly succeeded on this motion, I fail to see how the removal of what is obviously an *obiter dictum* has advanced its case in any material respect. The costs of this motion will therefore become part of the costs in the cause which I have awarded to the charterers.

a qu'on ne peut obtenir de dommages-intérêts pour entrave injustifiée causée par le créancier hypothécaire à l'exécution d'un contrat d'affrètement par un navire hypothéqué. De plus, c'est une répétition de la thèse de la Banque qui, à mon avis, confond les droits que le créancier hypothécaire peut faire valoir contre le débiteur hypothécaire avec les droits qu'il peut exercer contre les tiers de bonne foi qui ont affrété le navire hypothéqué. Là encore, cela constitue en partie un réexamen de questions litigieuses qui ont déjà été analysées au procès et, dans mes motifs, je n'ai pas l'intention de m'y attarder davantage. J'ai bien précisé que je rejetais les prétentions de la Banque sur ces questions. Les conclusions que j'ai tirées au sujet du droit canadien sur cette question seront sans doute révisées en temps utile par une juridiction supérieure. Cela suffit.

d Bien que la Banque ait obtenu en partie gain de cause à l'égard de la présente requête, je ne vois pas comment la suppression de ce qui constitue de toute évidence une remarque incidente a pu faire avancer sa cause de façon appréciable. Les dépens de la présente requête feront donc partie des dépens du principal, que j'ai accordés aux affrétteurs.

A-336-89

A-336-89

Avtar Singh Longia (Applicant)

v.

Minister of Employment and Immigration (Respondent)**INDEXED AS: LONGIA v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (C.A.)**

Court of Appeal, Marceau, Stone and MacGuigan J.J.A.—Vancouver, April 4; Ottawa, May 16, 1990.

Immigration — Immigration Appeal Board jurisdiction — S. 28 application to review Immigration Appeal Board decision it lacked jurisdiction to reopen application for redetermination of claim to Convention refugee status having denied it — Case law unclear on point — Applicant, citizen of India, seeking to introduce evidence, not presented at redetermination hearing, he had been member of International Sikh Youth Federation and warrants for his arrest issued in India for sedition, criminal conspiracy and terrorist activity — Applicant alleging omitted to reveal membership in ISYF as feared repercussions upon family in India — Application dismissed — Immigration Appeal Board without jurisdiction to reopen redetermination application to hear evidence of new facts.

Judicial review — Applications to review — Immigration Appeal Board decision it lacked jurisdiction to reopen application for redetermination of Convention refugee status — Board without jurisdiction to reopen redetermination application to hear evidence of new facts — No continuing jurisdiction as statutory authority adjudicative — Where no breach of natural justice, Board without jurisdiction to reopen to allow introduction of evidence applicant had failed to adduce — Hearing not travesty of justice as duress invoked neither direct nor immediate.

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].

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.

Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77, c. 52, ss. 46.01(1)(c) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14), 70, 72 (as am. by S.C. 1984, c. 21, s. 81;

Avtar Singh Longia (requérant)

c.

^a Ministre de l'Emploi et de l'Immigration (intimé)**RÉPERTORIÉ: LONGIA c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (C.A.)**

^b Cour d'appel, juges Marceau, Stone et MacGuigan, J.C.A.—Vancouver, 4 avril; Ottawa, 16 mai 1990.

Immigration — Compétence de la Commission d'appel de l'immigration — Demande fondée sur l'art. 28 en vue d'obtenir l'examen d'une décision de la Commission d'appel de l'immigration qui a conclu qu'elle n'était pas compétente pour rouvrir une demande de réexamen de la revendication du statut de réfugié qu'elle avait rejetée — La jurisprudence n'est pas claire sur ce point — Le requérant est un citoyen de l'Inde qui souhaitait mettre en preuve, ce qu'il n'a pas fait durant l'audition de sa demande de réexamen, qu'il avait été membre de la International Sikh Youth Federation et que des mandats d'arrestation avaient été décernés contre lui pour des motifs de sédition, de complot criminel et d'actes de terrorisme — Le requérant a prétendu qu'il avait tenu sous silence son appartenance à la ISYF parce qu'il craignait que cette révélation n'ait des répercussions sur sa famille en Inde — Demande rejetée — La Commission d'appel de l'immigration n'est pas compétente pour rouvrir une demande de réexamen de la revendication du statut de réfugié afin que soit entendue la preuve de faits nouveaux.

^f Contrôle judiciaire — Demandes de révision — La Commission d'appel de l'immigration a conclu qu'elle n'était pas compétente pour rouvrir une demande de réexamen de la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention — La Commission n'est pas compétente pour rouvrir une demande de réexamen de la revendication du statut afin que soit entendue la preuve de faits nouveaux — La Commission n'a pas une compétence qui se prolonge dans le temps (continuing power), car la loi lui attribue un pouvoir judiciaire — Comme aucune règle de justice naturelle n'a été enfreinte, la Commission n'est pas compétente pour rouvrir une demande afin d'autoriser le requérant à soumettre des éléments de preuve qu'il avait omis de présenter — L'audition n'était pas un simulacre de justice car la contrainte invoquée n'était ni directe, ni immédiate.

LOIS ET RÈGLEMENTS**ⁱ**

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].

Loi sur la Commission d'appel de l'immigration, S.C. 1966-67, chap. 90, art. 15.

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28.

1987, c. 37, s. 9).
Immigration Appeal Board Act, S.C. 1966-67, c. 90,
 s. 15.

Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-77, chap. 52,
 art. 46.01(1)c) (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.),
 chap. 28, art. 14), 70, 72 (mod. par S.C. 1984, chap.
 21, art. 81; 1987, chap. 37, art. 9).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Singh v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 10 (F.C.A.); *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Nabiye*, [1989] 3 F.C. 424; (1989), 102 N.R. 390 (C.A.); *Grillas v. Minister of Manpower and Immigration*, [1972] S.C.R. 577; (1971), 23 D.L.R. (3d) 1.

DISTINGUISHED:

Kaur v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1990] 2 F.C. 209; (1989), 64 D.L.R. (4th) 317; 104 N.R. 50 (C.A.).

REFERRED TO:

Sandhu v. Canada (Min. of Employment & Immigration) (1987), 26 Admin. L.R. 1; 1 Imm. L.R. (2d) 759; 78 N.R. 236 (F.C.A.); *Bains v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 3 F.C. 487; (1989), 61 D.L.R. (4th) 573 (C.A.); *Gill v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1987] 2 F.C. 425; (1987), 27 Admin. L.R. 257; 27 C.R.R. 235; 80 N.R. 1 (C.A.).

COUNSEL:

W. J. Macintosh for applicant.
Mary A. Humphries for respondent.

SOLICITORS:

Macintosh, Mair, Riecken & Sherman, Vancouver, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MARCEAU J.A.: This application under section 28 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] raises once again the difficult question of whether the Immigration Appeal Board has jurisdiction to reopen, rehear or reconsider a claim to Convention refugee status after having denied it. The judgment of the Supreme Court in *Grillas v. Minister of Manpower and Immigration*, [1972] S.C.R. 577, and those of this Court in *Gill v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1987] 2 F.C. 425 (C.A.); *Singh v. Canada (Min-*

a JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Singh c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 10 (C.A.F.); *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Nabiye*, [1989] 3 C.F. 424; (1989), 102 N.R. 390 (C.A.); *Grillas c. Ministre de la Main-d'Oeuvre et de l'Immigration*, [1972] R.C.S. 577; (1971), 23 D.L.R. (3d) 1.

DISTINCTION FAITE AVEC:

Kaur c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1990] 2 C.F. 209; (1989), 64 D.L.R. (4th) 317; 104 N.R. 50 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

Sandhu c. Canada (Min. de l'Emploi et de l'Immigration) (1987), 26 Admin. L.R. 1; 1 Imm. L.R. (2d) 759; 78 N.R. 236 (C.A.F.); *Bains c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 3 C.F. 487; (1989), 61 D.L.R. (4th) 573 (C.A.); *Gill c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1987] 2 C.F. 425; (1987), 27 Admin. L.R. 257; 27 C.R.R. 235; 80 N.R. 1 (C.A.).

AVOCATS:

W. J. Macintosh pour le requérant.
Mary A. Humphries pour l'intimé.

PROCUREURS:

Macintosh, Mair, Riecken & Sherman, Vancouver, pour le requérant.
Le sous-procureur général du Canada, pour l'intimé.

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

LE JUGE MARCEAU, J.C.A.: Cette demande fondée sur l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), chap. F-7] soulève de nouveau le difficile problème de savoir si la Commission d'appel de l'immigration a le pouvoir de rouvrir, de réentendre ou de reconsidérer une demande de réexamen de la revendication du statut de réfugié qu'elle a rejetée une première fois. La question a déjà été examinée par la Cour suprême dans l'arrêt *Grillas c. Ministre de la Main-d'Oeuvre et de l'Immigration*, [1972]

ister of Employment and Immigration) (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 10 (F.C.A.); and *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Nabiye*, [1989] 3 F.C. 424 (C.A.), have already had to deal with the question, but the answer to it is apparently still unclear. The review of the facts of the case now before us was made by the applicant in his factum with the approval of the respondent; I take the liberty to reproduce it *verbatim*:

1. The Applicant is a citizen of the Republic of India. On September 30th, 1986 he became the subject of an immigration inquiry. It was determined that he was a person described in paragraph 27(2)(f) of the *Immigration Act, 1976* ("the 1976 Act"). The inquiry was adjourned pursuant to section 45 of the 1976 Act in order for the Applicant to make a claim to be a Convention Refugee.

2. The Applicant subsequently made a Statement under Oath on November 3rd, 1986. The Minister determined that the Applicant was not a Convention Refugee. On September 9th, 1987 the Applicant applied to the Immigration Appeal Board ("the Board") for a redetermination of his refugee claim. The Board heard the redetermination application on November 24th, 1987 and determined that the Applicant was not a Convention Refugee.

3. On November 14th, 1988 the Applicant filed a Notice of Motion with the Board to reopen his claim. The Applicant sought to introduce further evidence not previously introduced at the redetermination hearing in 1987. Specifically he sought to introduce evidence that he had in fact been a member of the International Sikh Youth Federation in 1985 and 1986.

4. The Notice of Motion was heard on March 21st, 1989. The Applicant also sought on that date to introduce new evidence which he had received subsequently to the filing of the Notice of Motion in November, 1988. The evidence was new in that the facts had arisen subsequent to the redetermination hearing in November, 1987. Specifically, the Applicant sought to introduce evidence that he had received information that warrants were issued in India against the Applicant for his arrest on charges including seditious activity, criminal conspiracy and terrorist activity. The arrest warrants were dated December 2nd, 1987 and November 7th, 1988.

5. At the hearing of the Motion on March 21st, 1989 the Minister argued that the Board had no jurisdiction to hear the Motion. The Board agreed. The Board said that it was bound by the Federal Court of Appeal in *Singh v. M.E.I.* (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 10 (Fed. C.A.) and therefore the Board could not reopen a redetermination hearing to deal with newly arisen facts.

The applicant contends that the Board was wrong in declining jurisdiction; he argues in effect that the Board has the inherent jurisdiction to reopen a hearing either to consider new facts or to

R.C.S. 577, et par cette Cour dans les arrêts *Gill c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1987] 2 C.F. 425 (C.A.); *Singh c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 10 (C.A.F.); et *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Nabiye*, [1989] 3 C.F. 424 (C.A.), mais il semble que la réponse ne soit pas encore parfaitement claire. Le requérant a résumé dans son mémoire, avec l'approbation de l'intimé, les faits de l'affaire dont nous sommes saisis. Je prends la liberté de les reproduire textuellement:

1. Le requérant est un citoyen de la République de l'Inde. Le 30 septembre 1986, il a fait l'objet d'une enquête au cours de laquelle il a été décidé qu'il était une personne visée par l'alinéa 27(2)f) de la *Loi sur l'immigration de 1976* («la Loi de 1976»). L'enquête a été ajournée conformément à l'article 45 de la Loi de 1976 afin de permettre au requérant de faire une demande de revendication du statut de réfugié au sens de la Convention.

2. Le requérant a ensuite fait une déclaration sous serment le 3 novembre 1986. Le Ministre a décidé que le requérant n'était pas un réfugié au sens de la Convention. Le 9 septembre 1987, le requérant a présenté à la Commission d'appel de l'immigration («la Commission») une demande de réexamen de sa revendication du statut de réfugié. La Commission a entendu la demande de réexamen le 24 novembre 1987 et a conclu que le requérant n'était pas un réfugié au sens de la Convention.

3. Le 14 novembre 1988, le requérant a déposé un avis de requête demandant à la Commission de rouvrir sa demande. Le requérant souhaitait soumettre des éléments de preuve qu'il n'avait pas fournis durant l'audition de sa demande de réexamen en 1987. Il souhaitait plus précisément mettre en preuve qu'il avait été membre de la International Sikh Youth Federation en 1985 et en 1986.

4. L'avis de requête a été entendu le 21 mars 1989. Le requérant a profité de l'occasion pour demander l'autorisation de présenter d'autres éléments de preuve qu'il avait reçus après le dépôt de l'avis de requête en novembre 1988. Cette preuve était nouvelle parce que les faits qui y étaient relatés étaient survenus après l'audition de la demande de réexamen de novembre 1987. Le requérant souhaitait plus précisément mettre en preuve qu'on l'avait informé que des mandats d'arrestation avaient été décernés contre lui en Inde, notamment pour des motifs de sédition, de complot criminel et d'actes de terrorisme. Les mandats d'arrestation étaient datés du 2 décembre 1987 et du 7 novembre 1988.

5. Au cours de l'audience du 21 mars 1989, le Ministre a soutenu que la Commission n'avait pas le pouvoir d'entendre la requête. La Commission s'est rangée à cet avis. Elle a dit qu'elle était liée par la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Singh c. M.E.I.* (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 10 (C.A.F.) et qu'elle ne pouvait donc pas rouvrir la demande de réexamen pour entendre la preuve de faits nouveaux.

Le requérant soutient que la Commission a refusé à tort d'exercer ce pouvoir. À son avis, la Commission a le pouvoir inhérent de reprendre une audition afin d'examiner des faits nouveaux ou

hear relevant evidence not adduced at the initial hearing for good reason.

1. I have no hesitation in reasserting here what this Court has already determined in *Singh* and *Nabiye* (*supra*), namely that the Board does not have jurisdiction to reopen an application for re-determination of refugee status which it has already disposed of solely in order to hear evidence of new facts.

Counsel for the applicant submits that the *Singh* and *Nabiye* decisions were made without due regard for the decision of the Supreme Court in *Grillas* (*supra*). He makes the point that, contrary to what appears to have been assumed in *Nabiye*, *Grillas* was not concerned with the jurisdiction of the Board under paragraph 15(1)(a) [*Immigration Appeal Board Act*, S.C. 1966-67, c. 90], nor subparagraph 15(1)(b)(ii) of the Act as it stood prior to 1976, the first one applicable to permanent residents, the other dealing with compassionate or humanitarian considerations; *Grillas* was dealing with a non-permanent resident who was alleging, under subparagraph 15(1)(b)(ii), that his political activities could cause him to suffer unusual hardship if the deportation order sending him back to his country was executed. This point being made, counsel comes to his main argument: if the determination made in *Grillas*, namely that the jurisdiction of the Board was a continuing one, had to apply to the authority given to the Board by section 72 [as am. by S.C. 1984, c. 21, s. 81; 1987, c. 37, s. 9] of the 1976 Act [*Immigration Act, 1976*, S.C. 1976-77, c. 52], because this section had simply carried forward the provisions of paragraph 15(1)(a) and subparagraph 15(1)(b)(ii) of the previous Act, as this Court has found in *Sandhu v. Canada* (*Min. of Employment and Immigration*) (1987), 26 Admin. L.R. 1 (F.C.A.), it should all the more apply to the jurisdiction of the Board under section 70 which, concerned with refugees, continued in a sense subparagraph 15(1)(b)(i) of the earlier Act. Moreover, adds counsel, the determination that a person is a Convention refugee is one based on the likelihood of events occurring in the future; it is not strictly an

d'entendre des éléments de preuve n'ayant pu être fournis, pour une raison valable, au cours de la première audition.

1. Je n'ai aucune hésitation à réaffirmer ici les motifs que cette Cour a prononcés dans les arrêts *Singh* et *Nabiye* (*supra*), à savoir que la Commission n'a pas le pouvoir de rouvrir une demande de réexamen de la revendication du statut de réfugié au sujet de laquelle elle s'est déjà prononcée, au seul motif d'entendre la preuve de faits nouveaux.

L'avocat du requérant a d'abord prétendu que cette Cour n'a pas tenu compte de l'arrêt *Grillas* de la Cour suprême lorsqu'elle a rendu les décisions *Singh* et *Nabiye*. Selon lui, contrairement à ce que l'on semble avoir admis dans *Nabiye*, l'arrêt *Grillas* n'avait pas trait au pouvoir conféré à la Commission par l'alinéa 15(1)a) [*Loi sur la Commission d'appel de l'immigration*, S.C. 1966-67, chap. 90] ou le sous-alinéa 15(1)b)(ii) de la Loi antérieure aux modifications de 1976, le premier s'appliquant aux résidents permanents, le second se rapportant aux considérations humanitaires ou de compassion. Dans l'arrêt *Grillas*, l'appelant, qui n'était pas un résident permanent, s'appuyait sur le sous-alinéa 15(1)b)(ii) pour affirmer qu'il serait soumis à de graves tribulations à cause de ses activités politiques si l'ordonnance le renvoyant dans son pays n'était pas annulée. L'avocat du requérant a ensuite fait valoir son principal argument: si la décision rendue dans l'arrêt *Grillas*, à savoir que la Commission a une compétence qui se prolonge dans le temps («*continuing power*»), devait s'appliquer au pouvoir conféré à la Commission par l'article 72 [mod. par S.C. 1984, chap. 21, art. 81; 1987, chap. 37, art. 9] de la Loi de 1976 [*Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, chap. 52], qui correspond essentiellement aux dispositions de l'alinéa 15(1)a) et du sous-alinéa 15(1)b)(ii) de la Loi antérieure, comme l'a reconnu cette Cour dans l'arrêt *Sandhu c. Canada* (*Min. de l'Emploi et de l'immigration*) (1987), 26 Admin. L.R. 1 (C.A.F.), elle devrait à plus forte raison s'appliquer au pouvoir conféré à la Commission par l'article 70 qui, visant les réfugiés, constitue dans un certain sens le prolongement des dispositions du sous-alinéa 15(1)b)(i) de la Loi antérieure. Il a ajouté que la décision d'accorder à une personne le statut de réfugié au sens de la Convention repose sur la probabilité que certains événements se produisent dans le futur; il ne s'agit pas simplement d'une décision fondée sur des faits

adjudication on past events: it is only natural that the process be an ongoing one.

Counsel is right in pointing out that, in writing my reasons for judgment in *Nabiye*, I made a mistake as to the paragraphs of the former section 15 which was involved in *Grillas*. But it is clear, on reading the reasons of the judges, that the section was viewed and taken as a whole and I will only quote in that respect the comments that Abbott J. made, at page 581 of the report, after having reproduced the section:

This somewhat unusual section gives the Board broad discretionary powers to allow a person to remain in Canada who is inadmissible under the *Immigration Act*. Before the section was enacted, such power was vested solely in the executive branch of Government.

Whether the discretion to be exercised by the Board under s. 15 be described as equitable, administrative or political, it is not in the strict sense a judicial discretion, but it would appear it should be exercised essentially upon humanitarian grounds.

That is really the point. The authority conferred by this former section 15 was found to be continuing because it was not meant to be an adjudicative one. And the authority conferred by section 72 of the 1976 Act is of the same type. The jurisdiction of the Board under section 70 with respect to a claim to refugee status, however, is of another type altogether, as it is wholly adjudicative. The political refugees have now a right to be recognized as such, and the role of the Board is to adjudicate upon that right. I disagree with the view that the determination of the Board in that respect would be an ongoing process. The well founded fear of persecution alleged by the refugee has to be ascertained, for it to be given effect according to law, at the moment his claim is adjudicated. It is true, of course, that facts may change and political events may occur which may lead to the conclusion that a fear which was not well founded has become now reasonable. But it is not by reopening the hearing on the first claim that this can be verified, it is only by allowing a second claim and proceeding to consider it. Parliament has not provided for the possibility of successive claims; indeed, in the new Act, it has formally prohibited it (see paragraph 46.01(1)(c)¹ [as enacted by R.S.C., 1985 (4th

¹ Which reads:

(Continued on next page)

passés. Il est donc tout à fait normal que le processus se prolonge dans le temps.

L'avocat du requérant a eu raison de mentionner que lorsque j'ai rédigé les motifs de l'arrêt *Nabiye*, je me suis trompé au sujet des alinéas de l'ancien article 15 dont il était question dans l'arrêt *Grillas*. Toutefois, il ressort clairement de la lecture des motifs des juges que cet article a été pris comme un tout et je ne citerai à cet égard que les remarques qu'a faites le juge Abbott, à la page 581, après avoir reproduit l'article en question:

Cet article plutôt inusité accorde à la Commission des pouvoirs discrétionnaires étendus de permettre à quelqu'un de demeurer au Canada même s'il n'est pas admissible aux termes de la *Loi sur l'immigration*. Avant l'adoption de cet article, cette faculté appartenait exclusivement au pouvoir exécutif.

Peu importe que le pouvoir discrétionnaire dont jouit la Commission en vertu de l'art. 15 soit qualifié de pouvoir fondé sur l'équité, de pouvoir administratif ou de pouvoir politique, il n'est pas judiciaire au sens strict, mais doit s'exercer essentiellement, semble-t-il, pour des motifs d'ordre humanitaire.

C'est là qu'est toute la question. Le pouvoir conféré par l'ancien article 15 se prolongeait dans le temps parce que ce n'était pas un pouvoir décisionnel à caractère définitif. Le pouvoir conféré par l'article 72 de la Loi de 1976 est de la même nature. En revanche, le pouvoir que la Commission peut exercer en vertu de l'article 70 à propos du réexamen de la revendication du statut de réfugié est tout à fait différent; c'est un pouvoir décisionnel final. Les réfugiés politiques ont désormais le droit d'être reconnus comme tels, et le rôle de la Commission consiste à se prononcer sur ce droit. Je ne suis pas d'avis que la décision de la Commission à cet égard s'inscrit dans un processus qui se prolonge dans le temps. C'est au moment où la demande du réfugié est étudiée que doit être évalué le bien-fondé des craintes de persécution qu'il allègue, afin d'y donner effet conformément à la loi. Il est indéniable que la situation peut changer et que peuvent survenir des événements politiques pouvant porter à croire que des craintes qui n'étaient pas fondées sont devenues raisonnables. Quoi qu'il en soit, ce n'est pas en reprenant l'audition de la première demande qu'on peut vérifier ces faits; c'est seulement en autorisant et en jugeant une deuxième demande à cet effet. Or le législateur n'a pas prévu la possibilité qu'une personne puisse présenter plusieurs demandes successives. Il l'a même formellement interdit dans la

¹ Cet alinéa est ainsi libellé:

(Suite à la page suivante)

Supp.), c. 28, s. 14]) and it does not appear to me that such prohibition—which is not concerned with a mere question of procedure as in *Bains v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 3 F.C. 487 (C.A.), but a question of substance—can be seen as a violation of rights guaranteed by 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]]. Does this mean that the refugee is devoid of any remedy? No, but the remedy would not be one of right and it would be up to the Executive branch of Government to grant it, as it was prior to the enactment of section 15 of the former Act as recalled by Abbott J. in the passage of his reasons in *Grillas* that I quoted above.

Be that is it may, as determined in the *Singh* and *Nabiye* decisions, the Board, in my view, has no inherent or continuing jurisdiction to reopen a redetermination hearing of an application for refugee status.

2. The power of the Board to reopen a redetermination hearing, not to consider new facts but to allow the introduction of evidence that the applicant has failed to adduce cannot be so readily discarded. Indeed, it is now firmly established, in the jurisprudence of this Court, that if the hearing of an application has not been held according to the rules of natural justice, the Board may look at its decision as a nullity and reconsider the matter (see *Gill v. Canada (Minister of Employment and*

Continued from previous page)

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 by that Division or as not having a credible basis for the claim;

nouvelle Loi (voir l'alinéa 46.01(1)c)¹ [édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), chap. 28, art. 14]) et je ne pense pas qu'on puisse considérer cette interdiction—qui n'est pas simplement d'ordre procédural comme dans l'arrêt *Bains c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 3 C.F. 487 (C.A.), mais qui est une question de fond—comme une violation des droits garantis par 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^o 44]]. Cela signifie-t-il que le requérant est dépourvu de tout recours? Non, mais ce recours ne serait pas fondé sur un droit à faire valoir et ce serait au pouvoir exécutif de l'accorder, comme c'était le cas avant l'adoption de l'article 15 de l'ancienne Loi, comme le rappelait le juge Abbott dans l'extrait de l'arrêt *Grillas* que j'ai cité plus haut.

Quoi qu'il en soit, comme cette Cour l'a dit dans les arrêts *Singh* et *Nabiye*, la Commission n'a, à mon avis, aucun pouvoir inhérent ou qui se prolonge dans le temps lui permettant de reprendre l'audition d'une demande de réexamen de la revendication du statut de réfugié.

2. Le pouvoir de la Commission de reprendre l'audition d'une telle demande, non pas dans le but d'examiner des faits nouveaux, mais d'autoriser le dépôt d'éléments de preuve que le requérant a omis de fournir, ne doit cependant pas être nié aisément. En effet, il est désormais bien établi, dans la jurisprudence de cette Cour, que si l'audition d'une demande ne s'est pas déroulée selon les règles de justice naturelle, la Commission peut considérer que sa décision est nulle et réexaminer la question

(Suite de la page précédente)

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 recevable par celle-ci ou qu'elle n'avait pas un minimum de fondement; . . .

Immigration), *Singh and Nabiye, supra*). On the other hand, it was found in *Kaur v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 2 F.C. 209 (C.A.), that an immigration inquiry, held at a moment when the person concerned was under the direct influence of a third party (her husband) and not free to bring up facts as they were, could be seen as having breached the rules of natural justice, with the result that the decision that followed was a nullity under the Charter and the adjudicator could reconsider his decision. Was not the Board faced with a similar situation here in view of the applicant's statement that he had omitted to reveal his membership in the International Sikh Youth Federation between 1985 and 1986 because of fear of repercussions against his family in India? The Board has no comment on the point, for the simple reason, I suppose, that it was never faced with an allegation of breach of natural justice. Nor are we, for that matter; it is my approach to the case which led me to the question. But my answer to it is clearly negative. The duress invoked by the applicant is not of the type which was in question in the *Kaur* case, i.e. not a direct and immediate one; it certainly cannot be seen as having affected the hearing to the extent of making it a travesty of justice. The Board, on the sole allegation contained in the affidavit filed in support of the application to reopen the hearing, could not come to the conclusion that its initial decision could be regarded as a nullity. It follows that the Board had no more jurisdiction to reopen the hearing to allow the applicant to introduce the particular information he wanted to introduce than to allow him to bring evidence of new facts.

The refusal of the Board to reopen the hearing on the ground that it did not have jurisdiction to do so was, in my view, well founded. I would dismiss this section 28 application.

STONE J.A.: I agree.

MACGUIGAN J.A.: I agree.

(voir *Gill c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, *Singh et Nabiye, supra*). D'autre part, il a été décidé dans l'arrêt *Kaur c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 2 C.F. 209 (C.A.) que la décision rendue à l'issue d'une enquête qui s'était déroulée à un moment où la personne concernée était sous l'influence directe d'un tiers (son mari) et n'était pas libre de présenter les faits tels qu'ils étaient, ne respectait pas les règles de justice naturelle, de sorte qu'elle a été déclarée nulle en vertu de la Charte, et que l'arbitre a pu réexaminer sa décision. La Commission ne se trouvait-elle pas dans une situation semblable en l'espèce, compte tenu de la déclaration du requérant voulant qu'il ait tenu sous silence son appartenance à la International Sikh Youth Federation en 1985 et en 1986 de crainte que cette révélation n'ait des répercussions sur sa famille en Inde? La Commission n'a pas fait de commentaire à ce sujet, pour la simple raison, je suppose, qu'elle n'a jamais été accusée d'avoir enfreint les règles de justice naturelle. Nous non plus, à ce que je sache. Cette question m'est venue à l'esprit à cause de la façon dont j'ai abordé le dossier. Ma réponse est cependant tout à fait négative. La contrainte dont parle le requérant n'est pas de la même nature que celle dont il est question dans l'arrêt *Kaur*, c'est-à-dire qu'elle n'est ni directe, ni immédiate. On ne peut certainement pas considérer qu'elle a nuit à l'audition de la demande au point d'en faire un simulacre de justice. La Commission ne pouvait venir à la conclusion que sa première décision pouvait être considérée nulle en se fondant uniquement sur les prétentions contenues dans l'affidavit qui accompagnait la requête en réouverture de la demande. Par conséquent, la Commission n'avait pas le pouvoir de reprendre l'audition de la demande afin de permettre au requérant de produire les renseignements qu'il souhaitait fournir, pas plus qu'elle n'avait le pouvoir de l'autoriser à mettre en preuve des faits nouveaux.

À mon avis, c'est avec raison que la Commission a refusé de reprendre l'audition au motif qu'elle n'avait pas la compétence nécessaire pour le faire. Je rejeterais la demande fondée sur l'article 28.

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

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

T-107-90

T-107-90

Shawn Milner (*Applicant*)

v.

National Parole Board (*Respondent*)INDEXED AS: MILNER v. CANADA (NATIONAL PAROLE BOARD)
(T.D.)Trial Division, Addy J.—Vancouver, January 22
and 24, 1990.

Parole — Parole Regulations, s. 16.1(2) providing Board “shall” hold hearing pursuant to s. 21.4(2)(b) not later than thirteen weeks prior to presumptive release date — Hearing erroneously set for date less than thirteen weeks from presumptive release date — Nothing indicating intention to make s. 16.1(2) mandatory — Neither Act nor Regulations providing consequences for non-compliance with provision — 1986 amendments to Act substituting presumptive release date for mandatory release enacted to protect public from consequences of release — “Shall” merely directory — Parole Board having jurisdiction to proceed with hearing.

Construction of statutes — Parole Regulations, s. 16.1(2) providing Board “shall” hold hearing not later than certain date — Whether “shall” imperative or directory — When provision relating to performance of public duty, necessary to look to object of Act, injustice caused to persons having no control over those entrusted with duty, consequences flowing from non-compliance, and any indicators of intention to make provision mandatory — Object of statutory amendment to protect public against consequences of release on parole — “Shall” merely directory.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY
CONSIDERED

*Parole Act, R.S.C., 1985, c. P-2, s. 21.3(1) (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 34, s. 5), (2) (as enacted *idem*).*

Parole Regulations, SOR/78-428, s. 16.1(2) (as enacted by SOR/86-817, s. 4).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Montreal Street Railway Company v. Normandin, [1917] A.C. 170 (P.C.); *Melville (City of) v. Attorney General of Canada*, [1982] 2 F.C. 3; (1981), 129 D.L.R. (3d) 488 (T.D.); *Apsassin v. Canada (Department of*

Shawn Milner (*requérant*)

c.

^a **Commission nationale des libérations conditionnelles** (*intimée*)RÉPERTORIÉ: MILNER c. CANADA (COMMISSION NATIONALE
DES LIBÉRATIONS CONDITIONNELLES) (1^{re} INST.)^b Section de première instance, juge Addy—Van-
couver, 22 et 24 janvier 1990.

Libération conditionnelle — L'art. 16.1(2) du Règlement sur la libération conditionnelle de détenus prévoit que l'audition par la Commission en vertu de l'art. 21.4(2)b, a lieu («shall» be held) au moins 13 semaines avant la date prévue de la libération du détenu — L'audition a été fixée par erreur à une date qui n'accordait pas un délai de 13 semaines de la date d'échéance prévue de la libération du prévenu — Rien n'indique que c'était l'intention du législateur de rendre l'art. 16.1(2) obligatoire — La Loi ou le Règlement ne prévoit aucune conséquence qui découlerait de l'inobservation de la disposition en question — Les modifications apportées à la Loi en 1986 ont remplacé la mise en liberté obligatoire et elles ont été adoptées pour protéger le public des conséquences d'une mise en liberté — Le mot «shall» est simplement directif — La Commission des libérations conditionnelles a compétence pour procéder à l'audition.

Interprétation des lois — L'art. 16.1(2) du Règlement sur la libération conditionnelle de détenus prévoit que l'audition par la Commission a lieu («shall» be held) au plus tard à une certaine date — Il s'agit de savoir si le mot «shall» est directif ou impératif — Lorsqu'une disposition concerne l'exercice d'une fonction publique, il faut examiner l'objet de la loi, l'injustice causée à des individus n'ayant aucun contrôle sur les responsables de cette fonction, les conséquences découlant de l'inobservation de la disposition, et toute indication que c'était l'intention du législateur de rendre la disposition obligatoire — L'objet de la modification législative est de protéger le public contre les conséquences découlant d'une mise en liberté — Le mot «shall» est simplement directif.

LOIS ET RÈGLEMENTS

^h

*Loi sur la libération conditionnelle, L.R.C. (1985), chap. P-2, art. 21.3(1) (édicé par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), chap. 34, art. 5), (2) (mod., *idem*).*

Règlement sur la libération conditionnelle de détenus, DORS/78-428, art. 16.1(2) (édicé par DORS/86-817, art. 4).

ⁱ

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Montreal Street Railway Company v. Normandin, [1917] A.C. 170 (P.C.); *Melville (City of) c. Procureur général du Canada*, [1982] 2 C.F. 3; (1981), 129 D.L.R. (3d) 488 (1^{re} inst.); *Apsassin c. Canada (Ministère des Affai-*

Indian Affairs and Northern Development), [1988] 3 F.C. 20; [1988] 1 C.N.L.R. 73; (1987), 14 F.T.R. 161 (T.D.).

COUNSEL:

Patricia A. Sasha Pawliuk for applicant.
Esta Resnick for respondent.

SOLICITORS:

Patricia A. Sasha Pawliuk, Abbotsford, British Columbia, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

ADDY J.: The applicant is requesting a writ of prohibition against the respondent to prohibit the respondent from conducting a hearing pursuant to subsection 21.3(2) of the *Parole Act* [R.S.C., 1985, c. P-2 (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 34, s. 5)]. Subsections 21.3(1) and (2) read as follows:

21.3 (1) The Commissioner shall cause the case of an inmate to be reviewed by the Service, before the presumptive release date of the inmate, where the inmate is serving a term of imprisonment that includes a sentence imposed in respect of an offence mentioned in the schedule that had been prosecuted by the indictment.

(2) Where the Service, after reviewing the case of an inmate pursuant to subsection (1), is of the opinion that

(a) the inmate is serving a term of imprisonment that includes a sentence imposed in respect of an offence mentioned in the schedule that has been prosecuted by indictment,

(b) the commission of the offence caused the death of or serious harm to another person, and

(c) there are reasonable grounds to believe that the inmate is likely to commit, prior to the expiration according to law of the sentence the inmate is then serving, an offence causing the death of or serious harm to another person,

the Service shall, not later than six months before the presumptive release date of the inmate, refer the case to the Board together with all information that, in the opinion of the Service, is relevant to the case.

These provisions, along with several other sections in the Act, were added as part of an amendment to the *Parole Act* enacted in 1986. There is no dispute that the applicant was properly sen-

res indiennes et du Nord canadien), [1988] 3 C.F. 20; [1988] 1 C.N.L.R. 73; (1987), 14 F.T.R. 161 (1^{re} inst.).

AVOCATS:

Patricia A. Sasha Pawliuk pour le requérant.
Esta Resnick pour l'intimée.

PROCUREURS:

Patricia A. Sasha Pawliuk, Abbotsford (Colombie-Britannique), pour le requérant.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimée.

Voici les motifs de l'ordonnance rendus en français par

LE JUGE ADDY: Le requérant demande qu'un bref de prohibition soit délivré contre l'intimée pour l'empêcher de procéder à une audition conformément au paragraphe 21.3(2) de la *Loi sur la libération conditionnelle* [L.R.C. (1985), chap. P-2 (édité par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), chap. 34, art. 5)]. Les paragraphes 21.3(1) et (2) prévoient:

21.3 (1) Le commissaire doit faire examiner par le Service, préalablement à la date prévue pour la libération, le cas de tout détenu qui purge une peine d'emprisonnement qui comprend une peine imposée, à la suite d'une mise en accusation, pour une infraction prévue à l'annexe.

(2) Au plus tard six mois avant la date prévue pour la libération, le Service renvoie le cas à la Commission, en lui communiquant tous les renseignements en sa possession qu'il juge utiles, s'il estime que les conditions suivantes sont réunies:

a) le détenu purge une peine d'emprisonnement qui comprend une peine imposée à la suite d'une mise en accusation, pour une infraction prévue à l'annexe;

b) l'infraction a causé la mort ou un tort considérable;

c) il existe des motifs raisonnables de croire qu'il commettra vraisemblablement, avant l'expiration légale de sa peine, une infraction telle que celle visée à l'alinéa b).

Ces dispositions ainsi que plusieurs autres articles de la Loi en question ont été ajoutés à titre de modifications apportées à la *Loi sur la libération conditionnelle* et adoptées en 1986. Personne ne

tenced pursuant to an offence which was prosecuted by indictment and which caused serious harm to another person. Therefore, the sole matter to be determined by the Parole Board would be that raised in paragraph 21.3(2)(c) above quoted, namely whether there are reasonable grounds to believe that the inmate is likely to commit, prior to the expiration of the sentence, an offence causing death or serious harm to another person.

There is no dispute about the fact that the case was referred by the Commissioner to the Board six months previous to the presumptive release date (formerly the mandatory release date).

Subsection 16.1(2) of the regulations [*Parole Regulations*, SOR/78-428 (as enacted by SOR/86-817, s. 4)] issued pursuant to the *Parole Act* reads as follows:

16.1 ...

(2) The hearing held by the Board pursuant to paragraph 15.4(2)(b) [now 21.4(2)(b)] of the Act shall be held

(a) not later than thirteen weeks prior to the inmate's presumptive release date, where the case of an inmate has been referred to the Board or the Chairman of the Board seventeen weeks or more prior to that date;

The sole question to be determined is whether the word "shall" in section 16.1(2) of the Regulations above mentioned is imperative or directory. Should it be imperative, then the Parole Board will have lost all jurisdiction to hear the case and the applicant will be entitled as of right to be released on parole on the 11th of March, 1990.

He was formally advised on the 8th of October, 1989 that the hearing before the Board would take place on February 15, 1990. He had been previously advised in September that the hearing would be some time in February. There are obviously not thirteen weeks left between the due date of presumptive release and the date originally set for the hearing. It is undisputed that the date of February 15 was set in error and that as soon as the respondent became aware of the error, shortly after the 15th of October, the hearing was immediately

conteste le bien-fondé de la sentence imposée au requérant à la suite d'une mise en accusation pour une infraction qui a causé un tort considérable à une autre personne. Par conséquent, la seule question que la Commission des libérations conditionnelles est tenue de trancher est celle que soulève l'alinéa 21.3(2)(c) susmentionné, et qui consiste à savoir s'il existe des motifs raisonnables de croire que le détenu commettra vraisemblablement avant l'expiration de sa peine une infraction causant la mort ou un tort considérable à une autre personne.

On ne conteste pas non plus le fait que le cas a été renvoyé par le Commissaire à la Commission six mois avant la date prévue pour la libération (qui était auparavant la date de libération obligatoire).

Le paragraphe 16.1(2) du Règlement [*Règlement sur la libération conditionnelle des détenus*, DORS/78-428 (édicte par DORS/86-817, art. 4)] pris en vertu de la *Loi sur la libération conditionnelle* dispose:

16.1 ...

(2) L'audition par la Commission en vertu de l'alinéa 15.4(2)(b) de la Loi [maintenant l'alinéa 21.4(2)(b) de la Loi] a lieu:

a) si le cas du détenu a été renvoyé à la Commission ou au président de la Commission au moins 17 semaines avant la date prévue de la libération du détenu, au moins 13 semaines avant cette date;

La seule question à résoudre est de savoir si le mot «shall» figurant au paragraphe 16.1(2) du Règlement susmentionné est impératif ou directif. S'il possède un caractère impératif, il s'ensuit que la Commission des libérations conditionnelles n'aura plus compétence pour entendre l'affaire, et que le requérant sera de plein droit admissible à une mise en liberté conditionnelle à compter du 11 mars 1990.

Le requérant a été formellement avisé le 8 octobre 1989 que l'audition aurait lieu devant la Commission, le 15 février 1990. Il avait déjà été avisé en septembre que l'audition aurait lieu au cours du mois de février. Il est évident qu'il n'y a pas un délai de treize semaines entre la date d'échéance prévue de la libération du détenu et celle initialement fixée pour l'audition. Personne ne conteste que la date du 15 février a été fixée par erreur et que dès le moment où l'intimée s'en est aperçue, c'est-à-dire peu après le 15 octobre, l'audition a

re-scheduled for the 19th of January, 1990. An earlier date was not set at the time, in order to ensure that the applicant would have sufficient time to prepare his case. When the present application was launched in the Federal Court, the hearing before the Parole Board was again re-scheduled for the 6th of February in order to give the Court time to rule as to whether or not the Parole Board still had jurisdiction in the matter.

In the decision of the Privy Council in *Montreal Street Railway Company v. Normandin*, [1917] A.C. 170 (P.C.), we find the following statement of law by Sir Arthur Channell, at pages 174 and 175 of the report:

The statutes contain no enactment as to what is to be the consequence of non-observance of these provisions. It is contended for the appellants that the consequence is that the trial was coram non iudice and must be treated as a nullity.

It is necessary to consider the principles which have been adopted in construing statutes of this character, and the authorities so far as there are any on the particular question arising here. The question whether provisions in a statute are directory or imperative has very frequently arisen in this country, but it has been said that no general rule can be laid down, and that in every case the object of the statute must be looked at. The cases on the subject will be found collected in Maxwell on Statutes, 5th ed., p. 596 and following pages. When the provisions of a statute relate to the performance of a public duty and the case is such that to hold null and void acts done in neglect of this duty would work serious general inconvenience, or injustice to persons who have no control over those entrusted with the duty, and at the same time would not promote the main object of the Legislature, it has been the practice to hold such provisions to be directory only, the neglect of them, though punishable, not affecting the validity of the acts done.

Collier, J. of this Court approved and applied the above-mentioned principle in the case of *Melville (City of) v. Attorney General of Canada*, [1982] 2 F.C. 3 (T.D.). At page 14 of the report we find the following:

The section, and the statute, is designed to compel regulation-making bodies to make their regulations public. But, the provisions requiring timely transmission to the Clerk of the Privy Council, do not, in my view, make this Order in Council ineffective. I apply the principle laid down in *Montreal Street Railway Company v. Normandin* [1917] A.C. 170, to the situation here. I quote from the Privy Council opinion at pages 174-175: . . .

I also dealt with a similar problem when considering the effect of non-compliance of the provisions of a statute in the case of *Apsassin v. Canada*

immédiatement été reportée au 19 janvier 1990. Une date antérieure à celle-ci n'a pas été établie à ce moment-là, parce qu'on voulait donner au requérant suffisamment de temps pour préparer sa cause. Lorsque la présente demande a été introduite devant la Cour fédérale, l'audition devant la Commission des libérations conditionnelles a de nouveau été reportée au 6 février, afin de permettre à la Cour de décider si la Commission des libérations conditionnelles avait encore compétence pour connaître du litige.

Dans l'arrêt du Conseil privé *Montreal Street Railway Company v. Normandin*, [1917] A.C. 170 (P.C.), aux pages 174 et 175, Sir Arthur Channell a exposé le point de droit suivant:

[TRADUCTION] Les lois sont silencieuses sur les conséquences de l'inobservance de ces dispositions. On soutient au nom des appelantes que cela a pour conséquence que l'instruction fut coram non iudice et qu'elle doit être considérée comme une nullité.

Il est nécessaire d'examiner les principes adoptés pour l'interprétation des lois de ce genre et la jurisprudence, dans la mesure où il y en a, sur le point particulier soulevé ici. On s'est souvent demandé si les dispositions d'une loi étaient supplétives ou impératives dans ce pays; on a répondu qu'aucune règle générale ne pouvait être énoncée et qu'il fallait considérer chaque cas d'espèce que visait la loi. On trouvera la jurisprudence sur le sujet rassemblée dans Maxwell on Statutes, 5^e éd., aux pages 596 c. suivantes. Lorsque les dispositions d'une loi concernent l'exercice d'une fonction publique et que juger nuls et non avenue des actes exécutés en ignorance de cette obligation causerait des inconvéniens généralisés sérieux, ou encore une injustice à des individus n'ayant aucun contrôle sur les responsables de cette fonction, tout en ne favorisant pas l'objet principal recherché par le législateur, il a été d'usage de statuer que ces dispositions n'étaient que supplétives et que cette ignorance, quoique condamnable, n'invalide pas ces actes.

Le juge Collier de cette Cour a approuvé et appliqué le principe susmentionné dans l'affaire *Melville (City of) c. Procureur général du Canada*, [1982] 2 C.F. 3 (1^{re} inst.). Voici ce qu'il déclare à la page 14 du recueil:

L'article, ainsi que la loi, a pour objet de forcer les autorités réglementaires à rendre leurs règlements publics. Mais les dispositions qui exigent une transmission en temps opportun au greffier du Conseil privé n'enlèvent pas, à mon avis, tout effet à ce décret. Le principe qu'énonça l'arrêt *Montreal Street Railway Company v. Normandin* [1917] A.C. 170 s'applique à la situation en cause. Voici un extrait de l'avis du Conseil privé, aux pages 174 et 175: . . .

J'ai également traité d'un problème semblable lorsque j'ai examiné les conséquences découlant de l'inobservance des dispositions d'une loi dans l'affaire

(*Department of Indian Affairs and Northern Development*), [1988] 3 F.C. 20 (T.D.) The following statement can be found, at page 71:

Examination of the object of the statute reveals that a decision which would render the surrender null and void solely because of non-compliance with the formalities of subsection 51(3) would certainly not promote the main object of the legislation where all substantial requirements have been fulfilled; it might well cause serious inconvenience or injustice to persons having no control over those entrusted with the duty of furnishing evidence of compliance in proper form. In the subsection, unlike subsection (1), where it is provided that unless it is complied with no surrender shall be valid or binding, there is no provision for any consequences of non-observance. I therefore conclude that the provisions of subsection 51(3) are merely directly and not mandatory.

In deciding whether the word "shall" in subsection 16.1(2) of the Regulations is directory or imperative one must, therefore, consider whether there are provisions somewhere in the statute which might clearly indicate that it was the legislator's intention to make the provision mandatory. If so, then obviously the Court must give effect to the intention of the legislature. Also in the present case there are no consequences of any kind indicated in the Act or the Regulations which would flow from non-conformance with the provision regarding a hearing to be held at least thirteen weeks before the projected date of release nor is there anything to indicate that the stipulation would be mandatory. As there is no such indication, then one must consider the general object of the legislation. As to the general object of the *Parole Act*, it seems to be clear that the Act itself and, more particularly, the amendments introduced in 1986, which substituted a presumptive release date for mandatory release, was enacted not only for the purpose of benefitting the prisoners but also, and mainly for the protection of the public against the possible consequences of a release from parole, since the absolute right of the inmate for release on parole when a certain portion of the sentence served has been removed and release becomes subject to control by the Parole Board.

One can well imagine the danger to which the public might be exposed in certain cases if the provision were to be considered imperative. By a mere clerical error, as in the present case, an habitual psychopathic murderer would have to be

faire *Apsassin c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1988] 3 C.F. 20 (1^{re} inst.). Il est dit à la page 71:

L'examen de l'objet de la Loi montre qu'une décision invalidant la cession pour la seule raison que les formalités prescrites par le paragraphe 51(3) n'ont pas été respectées ne favoriserait certainement pas la réalisation du principal objectif de la législation lorsque toutes les exigences essentielles ont été remplies. Il se pourrait fort bien que des personnes n'ayant aucune autorité sur ceux qui sont chargés de prouver l'observation des formalités prescrites subissent de ce fait de graves inconvénients ou fassent l'objet d'une injustice. Contrairement au paragraphe (1) qui porte qu'en cas d'inobservation de ces dispositions, la cession n'est ni valide ni obligatoire, le paragraphe 51(3) n'envisage pas les conséquences du non-respect de ses exigences. Je conclus donc que les dispositions du paragraphe 51(3) sont simplement supplétives, et non impératives.

En décidant si le mot «*shall*» figurant dans la version anglaise du paragraphe 16.1(2) du Règlement est directif ou impératif, on doit donc examiner s'il existe des dispositions dans la Loi qui pourraient indiquer clairement que c'était l'intention du législateur de rendre la disposition obligatoire. S'il en est ainsi, il est évident que la Cour doit donner suite à l'intention du législateur. En outre, rien dans la Loi où le Règlement n'indique en l'espèce qu'il y aurait quelque conséquence que ce soit qui découlerait de l'inobservance de la disposition relative à une audition qui doit avoir lieu au moins treize semaines avant la date prévue de la libération. Il n'y a rien non plus qui indique que cette disposition serait obligatoire. Puisqu'il n'existe aucune indication à cet effet, il faut donc examiner l'objet général de la loi. En ce qui concerne l'objet général de la *Loi sur la libération conditionnelle*, il semble évident que la Loi elle-même, et plus particulièrement, les modifications apportées en 1986, et qui ont remplacé la mise en liberté obligatoire, ont été adoptées non seulement pour favoriser les prisonniers mais aussi et surtout pour protéger le public des conséquences éventuelles découlant d'une mise en liberté, puisque le droit absolu du détenu au bénéfice d'une mise en liberté conditionnelle, lorsqu'il a purgé une partie de sa peine, a été supprimé et que sa libération devient assujettie au contrôle de la Commission des libérations conditionnelles.

On peut facilement imaginer le danger auquel le public pourrait être exposé dans certains cas, si la disposition en question devait être considérée comme impérative. À la suite d'une simple erreur matérielle, comme en l'espèce, un meurtrier psy-

released on his presumptive release date regardless of the fact that he might be considered a very dangerous criminal and most likely to kill again.

I have no difficulty in the present case in finding that "shall" in subsection 16.1(2) of the Regulations is merely a directory and that, therefore, the Parole Board still has a jurisdiction to proceed with the hearing.

The respondent will be entitled to the costs of this application.

chopathe d'habitude devrait être mis en liberté à la date prévue pour sa libération sans égard au fait qu'il pourrait être considéré comme un très dangereux criminel et susceptible de commettre un autre

a meurtre.

b Il m'est facile en l'espèce de conclure que le mot «shall» figurant au paragraphe 16.1(2) du Règlement est simplement directif et qu'en conséquence, la Commission des libérations conditionnelles a encore compétence pour procéder à l'audition.

L'intimée aura droit aux dépens de la présente demande.

T-1162-89

T-1162-89

N.M. Paterson & Sons Limited (*Plaintiff*)

v.

The Ship *Birchglen*, Universal Metal Co. Limited, Universal Metal Co. (N.S.) Ltd., Leonard Bujokas, the Owners and All Others Interested in the Ship *Birchglen*, the Tug *Thunder Cape*, Misner Offshore Services (Canada) Ltd., the Owners and All Others Interested in the Tug *Thunder Cape*, the Tug *Elmore M. Misner*, Commerce Leasing Limited, the Owners and All Others Interested in the Tug *Elmore M. Misner*, Great Lakes Marine Contracting Limited, North American Marine, Inc., Her Majesty the Queen in Right of Canada and the St. Lawrence Seaway Authority (*Defendants*)

INDEXED AS: N.M. PATERSON & SONS LTD. v. BIRCHGLEN (THE) (T.D.)

Trial Division, Joyal J.—Toronto, May 7; Ottawa, June 26, 1990.

Maritime law — Liens and mortgages — Motion for declaration maritime lien vacated — Owners of tugs involved in collision desiring to sell vessels — Underwriters undertaking to make good any damage award to maximum of \$1.15 million, more than value of tugs at judicial sale — Motion dismissed — Effects of maritime liens and bail — Undertaking instead of bail recent development — Whether maritime lien extinguished when security posted determined according to facts of each case — Premature to declare lien extinguished — Continuing existence of lien not stopping sale as contractual techniques to eliminate risk posed by lien — Judicial interference would irreversibly shift risk from one side to other.

This was a motion for a declaration that a maritime lien was extinguished in that an undertaking had been filed by insurers. The defendant tugs were involved in a collision with the plaintiff's ship causing damages alleged to exceed \$3 million. Their owners now wish to sell the tugs. The underwriters have provided a letter of undertaking to make good any damage award. The undertaking was not, however, joint and several, but limited to the amount of risk to which each insurer had subscribed and amounted to \$1.15 million. The plaintiff opposed the granting of such a declaration, pointing out that the possibility of liens has not inhibited the purchase and sale of

N.M. Paterson & Sons Limited (*demanderesse*)

c.

^a Le navire *Birchglen*, Universal Metal Co. Limited, Universal Metal Co. (N.S.) Ltd., Leonard Bujokas, les propriétaires et toutes les autres personnes ayant un droit sur le *Birchglen*, le remorqueur *Thunder Cape*, Misner Offshore Services (Canada) Ltd., les propriétaires et toutes les autres personnes ayant un droit sur le remorqueur *Thunder Cape*, le remorqueur *Elmore M. Misner*, Commerce Leasing Limited, les propriétaires et toutes les autres personnes ayant un droit sur le remorqueur *Elmore M. Misner*, Great Lakes Marine Contracting Limited, North American Marine, Inc., Sa Majesté la Reine du chef du Canada et l'Administration de la Voie maritime ^d du Saint-Laurent (*défendeurs*)

RÉPERTORIÉ: N.M. PATERSON & SONS LTD. c. BIRCHGLEN (LE) (1^{re} INST.)

^e Section de première instance, juge Joyal—Toronto, 7 mai; Ottawa, 26 juin 1990.

Droit maritime — Privilèges et hypothèques — Requête en jugement déclaratoire portant qu'un privilège maritime est éteint — Les propriétaires des remorqueurs impliqués dans une collision veulent vendre les navires — Les assureurs conviennent d'assumer tous les dommages-intérêts adjugés jusqu'à concurrence d'une somme maximale de 1,15 million de dollars, ce qui est supérieur à la valeur des remorqueurs à une vente en justice — Requête rejetée — Effets des privilèges maritimes et du cautionnement — Le recours à un engagement au lieu d'un cautionnement est un développement récent — C'est en fonction des faits de chaque affaire qu'on détermine si le privilège maritime est éteint lors de la passation d'une sûreté — Il est prématuré de déclarer le privilège éteint — L'existence continue du privilège n'empêche pas la vente, car des techniques contractuelles éliminent le risque engendré par le privilège — L'intervention du tribunal déplacerait de façon irréversible le risque d'un côté à l'autre.

ⁱ Il s'agissait d'une requête en jugement déclaratoire portant qu'un privilège maritime est éteint du fait du dépôt d'un engagement souscrit par les assureurs. Les remorqueurs défendeurs ont été impliqués dans une collision avec le navire de la demanderesse et lui auraient causé des avaries se chiffrant à plus de trois millions de dollars. Les propriétaires des remorqueurs veulent maintenant les vendre. Les assureurs ont fourni une lettre d'engagement dans laquelle ils convenaient d'indemniser les remorqueurs de tous les dommages-intérêts auxquels ils pourraient être condamnés. Toutefois l'engagement des assureurs n'était pas solidaire mais se limitait au risque couvert par

ships, there being contractual techniques to avoid the risk posed by liens. The plaintiff argued that something could happen which would revive the lien in the absence of the declaration sought. The underwriters might, for example, become insolvent, reducing the value of the security. The issue was the extent to which a maritime lien survives the acceptance of bail, guarantee or undertaking.

Held, the motion should be dismissed.

The exact legal nature of a maritime lien and what conditions apply to extinguish it are unclear. A maritime lien attaches to a ship and gains priority without any court action, deed or registration. It attaches at the happening of the event and passes with the ship she is sold. A lien is discharged by the payment and acceptance of the claim. Bail is an admiralty process by which a *res* is either protected against arrest or released from arrest by the substitution of a covenant to discharge the obligation to pay a sum of money for the corpus of the *res*. The effect of taking bail is to release the ship from the action altogether. A guarantee in the form of an undertaking as an alternative to bail is a relatively recent development in maritime law, but its effect is the same as bail. The effect of posting of security by way of guarantee or undertaking is less certain than that of bail because of its contractual nature. The courts have been reluctant to adhere to the principle that a maritime lien is completely extinguished upon the posting of bail or other security. They have adopted a pragmatic approach, and whether a maritime lien is extinguished when security has been posted is determined according to the facts of each case and such that the requirements of justice and equity are met. In the circumstances, it would be premature for the Court to declare the tugs free of encumbrances. The question whether a maritime lien is extinguished can be resolved only when there is an attempt to rearrest the tugs. Although granting the order might facilitate disposal of the tugs, the continuing existence of the lien should not prevent their sale. While it could be argued that the risk posed by a declaration vacating the lien is minimal, the undertaking exceeded the value of the tugs and that the fear that some of the insurers might become insolvent is more hypothetical than real, the extent of any risk is as applicable to a subsequent purchaser as to a current lien holder. Should the Court interfere at this stage, it would irreversibly shift that risk from one side to the other.

Finally, there was some doubt as to the Court's competence to grant the order requested, in light of the limitations imposed on the Court with respect to issuing declaratory judgments in interlocutory proceedings as opposed to actions and the general approach that only by judicial sale can the Court grant a

chacun, pour un total de 1,15 million de dollars. La demanderesse s'est opposée au prononcé d'un tel jugement déclaratoire, en soulignant que la possibilité que le titre soit grevé de privilèges n'a jamais empêché l'achat et la vente des navires, car il existe des techniques contractuelles permettant d'éliminer le risque engendré par les privilèges. La demanderesse a soutenu qu'il pouvait se produire un événement qui ferait renaître le privilège en l'absence du jugement déclaratoire sollicité. Les assureurs pourraient, par exemple, devenir insolubles, ce qui ferait baisser la valeur de la sûreté. La question était de savoir dans quelle mesure un privilège maritime continue d'exister après l'acceptation d'un cautionnement, d'une garantie ou d'un engagement.

Jugement: la requête devrait être rejetée.

On ne connaît pas la nature juridique exacte du privilège maritime ni les conditions de son extinction. Le privilège maritime grève un navire et a priorité sans action en justice, acte scellé ou enregistrement. Il grève le bien dès la survenance de l'événement et suit le navire en cas de vente. Le privilège est éteint par suite de l'acquiescement et de l'acceptation de la créance. Le cautionnement est un acte de procédure de droit maritime qui permet de protéger une chose d'une saisie ou de lever la saisie en remplaçant le *corpus* de la chose par un engagement de remplir l'obligation du défendeur de payer une somme d'argent. Le cautionnement a pour effet de lever entièrement la saisie du navire visé par l'action. La garantie fournie sous forme d'engagement à la place d'un cautionnement est un développement relativement récent en droit maritime, mais elle a le même effet que le cautionnement. L'effet de la passation d'une sûreté sous forme de garantie ou d'engagement est moins certain que dans le cas du cautionnement en raison de sa nature contractuelle. Les tribunaux ont hésité à se rallier au principe selon lequel le privilège maritime est éteint complètement à la passation d'un cautionnement ou d'une autre sûreté. Ils ont retenu une solution pratique, et la question de savoir si le privilège maritime est éteint lors de la passation d'une sûreté est réglée selon les faits de chaque affaire et selon que les exigences de la justice et de l'équité sont respectées. Dans les circonstances, il serait prématuré que la Cour déclare les remorqueurs libres de toute charge. La question de savoir si un privilège est éteint ne peut être résolue que lorsqu'on essaie de saisir de nouveau les remorqueurs. Bien que la délivrance d'une ordonnance puisse faciliter l'aliénation des remorqueurs, l'existence continue du privilège ne devrait pas en empêcher la vente. Quoiqu'on puisse soutenir que le risque engendré par une ordonnance déclarant le privilège éteint est minime, l'engagement excédait la valeur des remorqueurs et, quoique la crainte que certains des assureurs puissent devenir insolubles soit plus hypothétique que réelle, l'étendue du risque s'applique autant à un acheteur subséquent qu'au titulaire actuel du privilège. Si la Cour intervenait à ce stade-ci, elle déplacerait de façon irréversible ce risque d'un côté à l'autre.

Enfin, il existe un doute quant à la compétence de la Cour d'accorder l'ordonnance demandée, compte tenu des restrictions imposées à la Cour en ce qui concerne le prononcé d'un jugement déclaratoire dans le cadre d'une procédure interlocutoire contrairement aux actions et du principe général selon

successful bidder a perfect title free and clear of all encumbrances.

lequel c'est seulement par vente en justice que la Cour peut accorder à un soumissionnaire un titre parfait franc et quitte de toute charge.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

DISTINGUISHED:

The City of Mecca (1879), 5 P.D. 28 (Adm. Div.); *In re The "Hero"* (1865), BR. & L. 447 (H.C. of Adm.); *In re The "Volant"* (1842), 1 W. Rob. 383 (H.C. of Adm.).

CONSIDERED:

In re The "Europa" (1863), BR. & L. 89 (P.C.); *The Kalamazoo* (1851), 15 Jur. 885 (Adm. Ct.).

REFERRED TO:

The Majfrid (1943), 77 Ll. L. Rep. 127 (Adm. Div.).

AUTHORS CITED

Jackson, D. C. *Enforcement of Maritime Claims*, London: Lloyd's of London Press Ltd., 1985.

Tetley, William *Maritime Liens and Claims*, London: Business Law Communications Ltd., 1985.

Thomas, D. R. *British Shipping Laws*, Vol. 14, *Maritime Liens*, London: Stevens & Sons Ltd., 1980.

COUNSEL:

Alain Pilotte for plaintiff.

Nyron B. Dwyer for defendant North American Marine, Inc.

Leilah Edroos for defendants the tug *Thunder Cape* and Misner Offshore Services (Canada) Ltd.

Sean Harrington for defendants the ship *Birchglen*, Universal Metal Co. Limited, Universal Metal Co. (N.S.) Ltd. and Leonard Bujokas.

Kristine A. Connidis for underwriters.

Gordon Hearn for defendants Misner Offshore Services (Canada) Ltd. and Great Lakes Marine Contracting Limited.

SOLICITORS:

Marler, Sproule & Pilotte, Montréal, for plaintiff.

Armstrong, Schiralli & Dunne, Toronto, for defendant North American Marine, Inc.

Cassels, Brock & Blackwell, Toronto, for defendants the tug *Thunder Cape* and Misner Offshore Services (Canada) Ltd.

McMaster, Meighen, Toronto, for defendants the ship *Birchglen*, Universal Metal Co. Lim-

JURISPRUDENCE

a

DISTINCTION FAITE AVEC:

The City of Mecca (1879), 5 P.D. 28 (Adm. Div.); *In re The "Hero"* (1865), BR. & L. 447 (H.C. of Adm.); *In re The "Volant"* (1842), 1 W. Rob. 383 (H.C. of Adm.).

b

DÉCISIONS EXAMINÉES:

In re The "Europa" (1863), BR. & L. 89 (P.C.); *The Kalamazoo* (1851), 15 Jur. 885 (Adm. Ct.).

c

DÉCISION CITÉE:

The Majfrid (1943), 77 Ll. L. Rep. 127 (Adm. Div.).

DOCTRINE

d

Jackson, D. C. *Enforcement of Maritime Claims*, London: Lloyd's of London Press Ltd., 1985.

Tetley, William *Maritime Liens and Claims*, London: Business Law Communications Ltd., 1985.

Thomas, D. R. *British Shipping Laws*, vol. 14, *Maritime Liens*, London: Stevens & Sons Ltd., 1980.

e

AVOCATS:

Alain Pilotte pour la demanderesse.

Nyron B. Dwyer pour la défenderesse North American Marine, Inc.

f

Leilah Edroos pour les défendeurs le remorqueur *Thunder Cape* et Misner Offshore Services (Canada) Ltd.

g

Sean Harrington pour les défendeurs le navire *Birchglen*, Universal Metal Co. Limited, Universal Metal Co. (N.S.) Ltd. et Leonard Bujokas.

h

Kristine A. Connidis pour les assureurs.

Gordon Hearn pour les défenderesses Misner Offshore Services (Canada) Ltd. et Great Lakes Marine Contracting Limited.

PROCUREURS:

i

Marler, Sproule & Pilotte, Montréal, pour la demanderesse.

Armstrong, Schiralli & Dunne, Toronto, pour la défenderesse North American Marine, Inc.

j

Cassels, Brock & Blackwell, Toronto, pour les défendeurs le remorqueur *Thunder Cape* et Misner Offshore Services (Canada) Ltd.

McMaster, Meighen, Toronto, pour les défendeurs le navire *Birchglen*, Universal Metal

ited, Universal Metal Co. (N.S.) Ltd. and Leonard Bujokas.

Campbell, Godfrey & Lewtas, Toronto for underwriters and for defendants Misner Offshore Services (Canada) Ltd. and Great Lakes Marine Contracting Limited. ^a

The following are the reasons for order rendered in English by

JOYAL J.: The defendants the tug *Thunder Cape* and its owners as well as the tug *Elmore M. Misner* and its owners, apply by way of motion for declaratory relief from this Court.

The defendants [also referred to as applicants] seek in total five declaratory orders but three of them cover substantially the same issue and are, to say the least, somewhat controversial. The issue, simply defined, is to determine to what extent, if any, a maritime lien on a ship survives the acceptance of bail, guarantee or undertaking by a claimant with respect to a claim which is the subject-matter of the maritime lien. To give the issue its proper factual base, a brief look at the background of this litigation is warranted.

THE FACTS

It was on April 23, 1988, that the bulk carrier *M.V. Quedoc* owned by the plaintiff was proceeding upbound the St. Lawrence Seaway at or about Lake St-Louis. The fairway at that particular location is fairly narrow and according to the pleadings, the *Quedoc* was keeping well to starboard of the channel. At about the same time, the ship *Birchglen*, a dead ship under tow by the tugs *Thunder Cape* and *Elmore M. Misner* was approaching downstream. The *Birchglen* was on its way to Nova Scotia where it was to be scrapped. A collision between the *Quedoc* and the *Birchglen* occurred and the *Quedoc* suffered considerable damages. These damages, according to the plaintiff, exceed \$3 million.

A claim *in rem* against the *Birchglen* and the tugs *Thunder Cape* and *Elmore M. Misner* was taken by the plaintiff [also referred to as respondent]. This was followed by a third party claim by

Co. Limited, Universal Metal Co. (N.S.) Ltd. et Leonard Bujokas.

Campbell, Godfrey & Lewtas, Toronto, pour les assureurs et pour les défenderesses Misner Offshore Services (Canada) Ltd. et Great Lakes Marine Contracting Limited.

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

^b LE JUGE JOYAL: Les défendeurs, le remorqueur *Thunder Cape* et ses propriétaires, ainsi que le remorqueur *Elmore M. Misner* et ses propriétaires, demandent par voie de requête à la Cour de prononcer un jugement déclaratoire. ^c

^d Les défendeurs [également appelés requérants] sollicitent en tout cinq jugements déclaratoires, mais trois d'entre eux portent en grande partie sur la même question et sont pour le moins quelque peu discutables. Le débat se circonscrit autour de la question de savoir dans quelle mesure, le cas échéant, le privilège maritime qui grève un navire continue d'exister après que le créancier a accepté un cautionnement, une garantie ou un engagement à l'égard de la créance qui fait l'objet du privilège maritime. Pour bien situer la question en litige dans son contexte factuel, il convient d'examiner brièvement les faits à l'origine du présent litige. ^e

^f LES FAITS

C'est le 23 avril 1988 que le vraquier *M.V. Quedoc*, qui appartient à la demanderesse, remontait la voie maritime du Saint-Laurent aux alentours du lac Saint-Louis. Le chenal est passablement étroit à cet endroit précis et, suivant les actes de procédure, le *Quedoc* gardait sa route du côté droit du chenal. À peu près au même moment, le *Birchglen*, un navire désarmé qui était en train d'être remorqué par le *Thunder Cape* et le *Elmore M. Misner*, descendait la voie maritime. Le *Birchglen* était en route vers la Nouvelle-Écosse, où il devait être envoyé à la casse. Un abordage s'est produit entre le *Quedoc* et le *Birchglen* et le *Quedoc* a subi des avaries considérables. ^g ^h ⁱ Suivant la demanderesse, ces avaries se chiffrent à plus de trois millions de dollars.

^j La demanderesse [également appelée intimée] a introduit une action *in rem* contre le *Birchglen* et les remorqueurs *Thunder Cape* et *Elmore M. Misner*. Le *Birchglen* et ses propriétaires ont

the *Birchglen* and its owners against the two tugs. In due course, the tugs' underwriters moved in and provided the plaintiff and the *Birchglen* with a letter of undertaking to make good any damage award which might ultimately be charged to the tugs. That letter of undertaking, to which six insurers subscribed, amounted to \$1.15 million. The undertaking, however, was not joint and several between the insurers but limited to the amount of individual risk to which each of the insurers had originally subscribed.

It would now appear that the owners of the tugs wish to sell or otherwise dispose of them. A buyer, aware of the claim against the tugs, would nevertheless wish to take title free and clear of all encumbrances. Hence, the application by the defendant tug owners for declaratory relief.

The relief sought is expressed in three different paragraphs in the notice of motion but in essence, it invokes the jurisdiction of this Court to declare that for all purposes of the law, the undertaking filed by the insurers and accepted by the plaintiff, extinguish the maritime lien.

THE LAW

The institution of the maritime lien has had a long, one might say, a hoary existence. It is similar to deodand and forfeiture where a thing or a *res* which might have caused damages becomes personified and is accountable to any aggrieved party.

The following comments of Professor William Tetley's in *Maritime Liens and Claims*,¹ are apt. The traditional maritime lien, he states:

... is a secured right peculiar to maritime law (the *lex maritima*). It is a privilege against property (a ship) which attaches and gains priority without any court action or any deed or any registration. It passes with the ship when the ship is sold to another owner, who may not know of the existence of the lien. In this sense the maritime lien is a secret lien which has no equivalent in the common law; rather it fulfills the

¹ London: Business Law Communications Ltd., 1985.

ensuite mis en cause les deux remorqueurs. En temps utile, les assureurs des remorqueurs sont intervenus et ont fourni à la demanderesse et au *Birchglen* une lettre d'engagement dans laquelle ils convenaient d'indemniser les remorqueurs de tous les dommages-intérêts auxquels ces derniers pouvaient éventuellement être condamnés. Cette lettre d'engagement, à laquelle six assureurs ont souscrit, se chiffrait à 1,15 million de dollars. Toutefois, l'engagement des assureurs n'était pas solidaire et il se limitait à la somme correspondant au risque individuel que chacun des assureurs avait initialement garanti.

Il semblerait que les propriétaires des remorqueurs désirent maintenant vendre ou aliéner les remorqueurs. Cependant, l'éventuel acheteur qui est au courant de la réclamation formulée contre les remorqueurs, désirera acquérir un titre franc et quitte de toute charge. D'où la demande de jugement déclaratoire présentée par les propriétaires des remorqueurs défendeurs.

La réparation sollicitée est formulée dans trois différents paragraphes de l'avis de requête mais, en substance, les requérants y invoquent le pouvoir que possède notre Cour de déclarer qu'à toutes fins que de droit, l'engagement souscrit par les assureurs et accepté par la demanderesse éteint le privilège maritime.

LES RÈGLES DE DROIT

L'institution du privilège maritime a eu une existence longue et, pourrait-on dire, vénérable. Elle s'apparente au concept du *deo dandum* et de la confiscation, suivant lesquels la chose ou la *res* qui a pu causer un préjudice est personnifiée et doit en répondre à la personne lésée.

Les commentaires suivants du professeur William Tetley dans son ouvrage *Maritime Liens and Claims*¹ sont appropriés. Le privilège maritime traditionnel, déclare-t-il:

[TRADUCTION] ... est un droit garanti propre au droit maritime (la *lex maritima*). C'est un privilège qui grève un bien (un navire) et qui a priorité sans action en justice, acte scellé ou enregistrement. Il suit le navire en cas de vente à un autre propriétaire, qui ignore peut-être l'existence du privilège. En ce sens, le privilège maritime est un privilège secret qui n'a pas d'équivalent en common law; il correspond plutôt au con-

¹ London: Business Law Communications Ltd., 1985.

concept of a "privilege" under the civil law and the *lex mercatoria*.²

In addition "the lien" he says, "attaches at the happening of the event."³ Court proceedings only confirm its existence so that between the happening of the event and the court proceedings, the lien remains inchoate.

In Thomas' *Maritime Liens (British Shipping Laws, Vol. 14)*,⁴ the author cites the case of *In re The "Europa"* (1863), BR. & L. 89 (P.C.), where it is recorded that "A maritime lien follows the ship into whosoever hands she may pass, and may be enforced after a considerable lapse of time; but, to affect the rights of third persons, reasonable diligence in its enforcement must be used, otherwise the lien may be lost".⁵

In the course of discussing the contexts in which a maritime lien might extinguish, Thomas states as follows:

It would seem to be the clearest of principles that the lien is discharged by the payment and acceptance of the claim advanced or such other sum as is acceptable to the lienee by way of full satisfaction.⁶

The author goes on to say at page 287:

Bail is an Admiralty process by which a *res* is either protected against arrest or released from arrest by the substitution of a covenant to discharge the obligation of a defendant to pay a sum of money for the corpus of the *res*.

And further:

In agreeing to bail the claimant must act reasonably and be cautious not to demand an excessive bond, for such a demand may result in a liability to damages for the unreasonable arrest of the *res* or a claim for indemnity in respect of the cost incurred in providing the inflated bail.

In *The Kalamazoo* (1851), 15 Jur. 885 (Adm. Ct.), Dr. Lushington observed:

It is perfectly competent to take bail to the full value; but the effect of taking bail is to release the ship in that action altogether. It would be perfectly absurd to contend that you

² *Ibid.*, at pp. 40-41.

³ *Ibid.*, at p. 136.

⁴ London: Stevens & Sons Ltd., 1980.

⁵ *Ibid.*, at p. 282.

⁶ *Ibid.*, at p. 286.

cept de privilège du droit civil et de la *lex mercatoria*².

De plus, précise-t-il, [TRADUCTION] «de privilège grève le bien dès la survenance de l'événement»³.

^a Les poursuites judiciaires ne font que confirmer son existence, de sorte qu'entre la survenance de l'événement et la poursuite, le privilège demeure incomplet.

^b Dans son ouvrage intitulé *Maritime Liens (British Shipping Laws, vol. 14)*⁴, Thomas cite le jugement *In re The «Europa»* (1863), BR. & L. 89 (P.C.), dans lequel il a été jugé que [TRADUCTION] «de privilège maritime suit le navire entre les mains de toute personne à qui il est transmis, et il peut être exercé après un laps de temps considérable; mais, pour le rendre opposable aux tiers, il faut le faire valoir avec une diligence raisonnable, au risque de le perdre»⁵.

^d Voici ce que déclare Thomas, en discutant des cas dans lesquels un privilège maritime peut s'éteindre:

^e [TRADUCTION] Il semble qu'il soit fermement établi que le privilège s'éteint par suite de l'acquiescement et de l'acceptation de la créance dont on réclame le paiement ou de toute autre somme que le titulaire du privilège accepte en paiement intégral de sa créance⁶.

L'auteur poursuit en ces termes, à la page 287:

^f [TRADUCTION] Le cautionnement est un acte de procédure de droit maritime qui permet de protéger une chose d'une saisie ou de lever la saisie en remplaçant le *corpus* de la chose par un engagement de remplir l'obligation du défendeur de payer une somme d'argent.

^g Et, plus loin, l'auteur ajoute:

^h [TRADUCTION] En acceptant le cautionnement, le créancier doit agir raisonnablement et faire attention de ne pas exiger une garantie excessive, car il s'expose ainsi à des dommages-intérêts en cas de saisie abusive de la chose ou à une demande d'indemnisation des frais engagés pour fournir le cautionnement exagéré.

Dans la décision *The Kalamazoo* (1851), 15 Jur. 885 (Adm. Ct.), le Dr Lushington a fait remarquer:

ⁱ [TRADUCTION] Il est parfaitement acceptable d'accepter un cautionnement pour la pleine valeur; mais l'acceptation a pour effet de lever entièrement la saisie du navire visé par l'action. Il

² *Ibid.*, aux p. 40 et 41.

³ *Ibid.*, à la p. 136.

⁴ London: Stevens & Sons Ltd., 1980.

⁵ *Ibid.*, à la p. 282.

⁶ *Ibid.*, à la p. 286.

could arrest a ship, take bail to any amount, and afterwards arrest her again for the same cause of action. The bail represents the ship, and when a ship is once released upon bail she is altogether released for that action.⁷

A relatively recent development in maritime law, is the guarantee in the form of an undertaking that takes the place of bail. Thomas had this to say about that form of security:

A security by way of guarantee for judgment as an alternative to bail is a relatively recent development. Although there are technical differences between it and bail it is nonetheless to the same effect as bail. Thus, subject to the qualifications which appertain to bail, a valid and sufficient security will operate to extinguish the lien of the claimant who in agreeing to the security waives his right *in rem* against the *res*.⁸

The foregoing comments of Mr. Thomas and Dr. Lushington would appear to be rather persuasive and give legitimacy to the principle that once a claimant has consented to, or a Court has accepted bail, or letters of guarantees or undertakings by underwriters, the *res* is not only released from arrest but the maritime lien itself is extinguished. It would therefore be logical for the defendant tug owners, either on their own representations or by way of a declaratory order of this Court, to sell or otherwise dispose of the tugs free and clear of all encumbrances. The logic is there to support them: the maritime lien, being a first charge or a privilege over the *res*, as in a construction lien, and enjoying a priority over mortgages and other registered charges, is substituted by an agreed amount of security. The imprimatur of that substitution is either by mutual consent or by order of the Court. In either event, the *res*, or the ship, which is the fundamental guarantee to a claimant that there is an asset there to satisfy his claim, can depend on the security with equal comfort or serenity. In the meantime, of course, the ship can ply through seas and streams producing income to its owners which income adds to the claimant's assurance that any shortfall on his claim will be met by his *personam* action. Concurrently, the substitution eliminates the risk that the *res* on which the lien is exercised

serait tout à fait absurde de prétendre qu'on peut saisir un navire, accepter un cautionnement pour un montant donné, et le saisir à nouveau par la suite sur le fondement du même droit d'action. Le cautionnement représente le navire, et lorsqu'il y a déjà eu mainlevée de la saisie du navire à la suite du dépôt d'un cautionnement, le navire est à l'abri de l'action⁷.

Un développement relativement récent en droit maritime est la garantie fournie sous forme d'engagement à la place d'un cautionnement. Voici ce que Thomas déclare au sujet de cette forme de sûreté:

[TRADUCTION] La fourniture d'une sûreté pour garantir l'exécution du jugement comme solution de rechange au cautionnement est un développement relativement récent. Bien qu'il existe des différences techniques entre elle et le cautionnement, cette garantie produit néanmoins les mêmes effets que le cautionnement. Ainsi, sous réserve des nuances qui sont propres au cautionnement, une sûreté valable et suffisante aura pour effet d'éteindre le privilège du créancier qui, en acceptant la sûreté, renonce à son droit *in rem* sur la chose⁸.

Les commentaires précités de M. Thomas et du D^r Lushington sembleraient plutôt convaincants et légitimement le principe qu'une fois que le créancier a consenti à la fourniture d'un cautionnement ou de lettres de garantie ou d'engagements souscrits par des assureurs ou que le tribunal les a acceptés, il y a non seulement mainlevée de la saisie de la chose, mais extinction du privilège maritime lui-même. Il serait donc logique que, de leur propre initiative ou en vertu d'un jugement déclaratoire de notre Cour, les propriétaires des remorqueurs défendeurs vendent ou aliènent les remorqueurs franc et quitte de toute charge. La logique appuie leur thèse: le privilège maritime, qui, au même titre que le privilège du constructeur, est une charge ou un privilège de premier rang qui grève la chose et qui prime les autres hypothèques et les autres charges enregistrées, est remplacé par un montant convenu qui est fourni à titre de sûreté. Cette substitution est autorisée soit d'un commun accord, soit aux termes d'une ordonnance judiciaire. Dans un cas comme dans l'autre, la chose (le navire), qui constitue l'assurance formelle qui est faite au créancier qu'il existe un bien pour acquitter sa créance, peut compter sur la sûreté avec le même soulagement et la même sérénité. Dans l'intervalle, bien sûr, le navire peut parcourir les mers et les cours d'eau et rapporter à ses propriétaires des revenus qui s'ajoutent à l'assurance qu'a le créancier qu'il

⁷ At p. 886.

⁸ Thomas, *supra*, footnote 4, at p. 291.

⁷ À la p. 886.

⁸ Thomas, précité, note 4, à la p. 291.

might be lost by some casualty or other, resulting in the loss of the lien itself. One could therefore observe that in that sense, security acceptable in both form and value minimizes the risk to which a claimant is exposed and concurrently liberates an income producing asset.

And so the question may be asked: What more could a claimant reasonably expect? Whatever the biblical roots of an action *in rem* and the fictional personification of the thing, maritime liens evolved in the United Kingdom out of a flowering mercantile tradition which perforce had to cope with assets which were not immobilized like real estate but which were extremely moveable and could otherwise escape at the whim of master or owner from effective execution. It was recognized that legal rights and liabilities arising out of international maritime commerce required practical techniques different from those arising out of domestic commerce generally.

It would therefore follow logically, as was said in the *Kalamazoo* case, that once bail has been provided, or some other kind of security has been accepted by the claimant, there is a substitution of the *res* for the security and the lien is extinguished. This view was not only adopted in the *Kalamazoo* case, but by Bucknill J. in *The Majfrid* (1943), 77 Ll. L. Rep. 127 (Adm. Div.). It is further endorsed by Thomas in *Maritime Liens* where he states:

Where therefore bail is given to the full value of the claim, or to the claim as limited by statute, or to the value of the *res*, whichever is relevant in the particular case, together with the costs of the claimant, the lien in respect of which the bail is given is expunged and the *res* may not be subjected to re-arrest.⁹

The author, however, goes on [at pages 288-289] to qualify that principle by citing cases where the provision of bail might not necessarily preclude the possibility of a second arrest and where the lien

pourra tenter une action *in personam* en cas de non-paiement de sa créance. Par ailleurs, la substitution élimine le risque d'une perte, notamment par un sinistre, de la chose sur laquelle le privilège est exercé, ce qui entraînerait la perte du privilège lui-même. On pourrait donc faire observer qu'en ce sens, une sûreté dont la forme et la valeur sont toutes les deux acceptables réduit au minimum le risque auquel est exposé le créancier et libère en même temps un bien productif de revenu.

On peut donc se demander ce que le créancier peut valablement demander de plus. Quelles que soient les origines bibliques de l'action *in rem* et la personification fictive de la chose, les privilèges maritimes se sont développés au Royaume-Uni à partir d'une tradition marchande florissante dans laquelle on a forcément dû faire face à des biens qui n'étaient pas immobilisés, comme les biens réels, mais qui étaient très mobiles et qui pouvaient par ailleurs échapper à une mesure d'exécution forcée efficace au gré des caprices du commandant ou du propriétaire. On a reconnu que les droits et les obligations qui étaient sanctionnés par la loi et qui découlaient du commerce maritime international exigeaient des techniques pratiques différentes de celles qui étaient attribuables au commerce interne en général.

Il s'ensuivrait donc logiquement, comme on l'a dit dans la décision *The Kalamazoo*, qu'une fois que le cautionnement a été fourni ou qu'une autre sorte de sûreté a été acceptée par le créancier, il y a substitution de la sûreté à la chose et que le privilège s'éteint. Cette opinion a été suivie non seulement dans la décision *The Kalamazoo*, mais aussi par le juge Bucknill dans la décision *The Majfrid* (1943), 77 Ll. L. Rep. 127 (Adm. Div.). Thomas y souscrit également dans son ouvrage *Maritime Liens*, dans lequel il déclare:

[TRADUCTION] Ainsi donc, lorsqu'en plus des frais du créancier, un cautionnement est fourni pour la pleine valeur de la créance, ou pour le montant limité prescrit par la loi, ou pour la valeur de la chose, selon ce qui s'applique en l'espèce, le privilège à l'égard duquel le cautionnement est fourni s'éteint et le chose ne peut être saisie à nouveau.⁹

L'auteur s'empresse toutefois [aux pages 288 et 289] de nuancer ce principe en citant des cas où la fourniture d'un cautionnement n'empêcherait pas nécessairement une éventuelle seconde saisie et où

⁹ Thomas, *supra*, footnote 4, at p. 288.

⁹ Thomas, *supra*, note 4, à la p. 288.

may be revived "so as to activate a second judicial process against the *res* in respect of the same cause of action". Such was the finding in *The City of Mecca* (1879), 5 P.D. 28 (Adm. Div.) where the surety to a bail became insolvent; in *In re The "Hero"* (1865), BR. & L. 447 (H.C. of Adm.), where the original bail was found insufficient; in *In re The "Volant"* (1842), 1 W. Rob. 383 (H.C. of Adm.), where the bail was sufficient to pay the claim but not its costs.

None of the circumstances above described apply to the case before me. The respondent says nevertheless that on the present state of the law, a declaration from this Court that the tugs *Thunder Cape* and *Elmore M. Misner* are no longer charged with a lien and may be sold "free of encumbrances" as in a judicial sale, should not be made. Any one or more of the underwriters might become insolvent, reducing the value of the security. Anything can happen which might otherwise create conditions under which absent a declaration from this Court, the lien might be revived.

In any event, says counsel for the respondent, maritime liens go with the territory whenever ships are bought and sold. The hallmark of a maritime lien "is its secretive and unconditional quality" and it travels with the property even into the hands of *bona fide* purchasers for value. The presence of undisclosed liens are always the subject of contractual provisions and well known are the techniques to insure the risk or eliminate it. In any event, the case at bar, says counsel, is one where the lien is well known, the claim has been quantified, the terms of the undertaking are disclosed and admiralty counsel and underwriters are fully experienced in dealing with whatever contingent risk a continuing or unabsolved maritime lien might impose on a knowledgeable or sophisticated purchaser.

By the nature of a maritime lien, the existence of which is virtually unknown to a purchaser, the practical considerations submitted by respondent's

l'on pourrait faire renaître le privilège [TRADUCTION] «de façon à tenter une seconde action en justice contre la chose à l'égard du même droit de recours». C'est la conclusion à laquelle le tribunal en est venu dans l'affaire *The City of Mecca* (1879), 5 P.D. 28 (Adm. Div.), dans laquelle la caution était devenue insolvable, dans l'affaire *In re The "Hero"* (1865), BR. & L. 447 (H.C. of Adm.), dans laquelle le cautionnement initial a été jugé insuffisant, et dans l'affaire *In re The "Volant"* (1842), 1 W. Rob. 383 (H.C. of Adm.), dans laquelle le cautionnement était suffisant pour acquitter la créance mais non les frais y afférents.

Aucune des situations susmentionnées ne s'applique à l'affaire dont je suis saisi. L'intimé prétend néanmoins que dans l'état actuel du droit, la Cour ne devrait pas déclarer que les remorqueurs *Thunder Cape* et *Elmore M. Misner* ne sont plus grevés d'un privilège et qu'ils peuvent être vendus «libres de toute charge» comme s'il s'agissait d'une vente en justice. L'un ou l'autre des assureurs pourrait devenir insolvable, ce qui diminuerait d'autant la valeur de la sûreté. Il peut se produire un événement qui pourrait par ailleurs créer une situation dans laquelle, en l'absence d'un jugement déclaratoire de notre Cour, le privilège pourrait renaître.

De toute façon, précise l'avocat de l'intimé, en cas de vente, le privilège maritime suit le navire dans tous ses déplacements. Le privilège maritime se distingue par son «caractère secret et inconditionnel» et il suit le bien même entre les mains des personnes qui l'acquièrent de bonne foi contre valeur. La présence de privilèges dont l'existence n'a pas été révélée fait toujours l'objet de dispositions contractuelles et les techniques permettant d'assurer ou d'éliminer le risque sont bien connues. En tout état de cause, précise l'avocat, dans l'affaire qui nous occupe le privilège est bien connu, le montant de la créance a été calculé, les modalités de l'engagement ont été divulguées et les avocats spécialisés en droit maritime et les assureurs ont toute l'expérience voulue pour s'occuper de tout risque éventuel qu'un privilège maritime qui continue d'exister ou qui ne s'est pas éteint peut faire peser sur un acquéreur bien informé ou perspicace.

Vu la nature du privilège maritime, dont l'existence est pratiquement inconnue de l'acheteur, les considérations d'ordre pratique formulées par

counsel would appear to make sense. What he suggests, in essence, is that the possibility of a flaw on title, as with a maritime lien, has not inhibited the purchase and sale of ships and there is no reason or justification at this stage for the Court to interfere in the manner suggested by the applicants.

CONCLUSIONS

It will be obvious that judges and writers are far from unanimous on the exact legal nature of a maritime lien and what conditions apply to extinguish it. Professor D. C. Jackson in his *Enforcement of Maritime Claims*,¹⁰ puts it bluntly when he says "it seems unclear whether, for the claimant, the bail is truly the substitute security". Yet the author goes on to suggest that if "the bail turns out to be defective, as for example, where a surety becomes insolvent, the claimant should not be able to return to the property for security. It would be illogical", says the author, "to view bail as a replacement of the property in respect of which it is given and then allow recourse to that property if the bail is defective. In that case it is as if the bail was destroyed."

The analogy drawn by the author is certainly apt when one considers the well-recognized principle that a maritime lien can only exist or survive so long as the *res* or the ship is in existence. A maritime lien is extinguished if a ship is lost at sea. That makes eminent sense. Yet, current doctrine on the matter indicates that if such a ship be salvaged, the maritime lien revives.

Professor Jackson refers also to the consequences which follow from the posting of security by way of guarantee or undertaking as opposed to bail. At pages 243-244 of his text, the author says this:

The effect of the acceptance of security of this kind on a maritime lien is less certain than that of bail, not only because of its relative novelty but more because of its contractual nature. It is clear that no English court would permit the rearrest of the property or even the issue of another writ *in rem*

¹⁰ London: Lloyd's of London Press Ltd., 1985, pp. 242 *et seq.*

l'avocat de l'intimé semblent logiques. Il soutient essentiellement que la possibilité que le titre ne soit pas parfait, comme par exemple s'il est grevé d'un privilège maritime, n'a jamais empêché l'achat et la vente des navires et que rien ne justifie à cette étape-ci que la Cour intervienne de la manière suggérée par les requérants.

CONCLUSIONS

Il va de soi que les juges et les auteurs sont loin s'être unanimes sur la nature juridique exacte du privilège maritime et sur les conditions de son extinction. Le professeur D. C. Jackson, dans son ouvrage *Enforcement of Maritime Claims*¹⁰, l'affirme sans ambages lorsqu'il déclare: [TRADUCTION] «on ne sait pas avec certitude si, pour le créancier, le cautionnement constitue véritablement une sûreté de remplacement». Pourtant, l'auteur poursuit en disant que si [TRADUCTION] «s'il s'avère que le cautionnement est sans valeur comme, par exemple, en cas d'insolvabilité de la caution, le créancier ne devrait pas pouvoir compter à nouveau sur le bien comme garantie. Il serait illogique», déclare l'auteur, «de considérer que le cautionnement remplace le bien à l'égard duquel il est fourni et de permettre ensuite de recourir à ce bien si le cautionnement est défectueux. Dans ce cas, le cautionnement est réputé anéanti».

L'analogie que fait l'auteur est certainement juste lorsqu'on tient compte du principe bien établi suivant lequel un privilège maritime ne peut exister ou survivre que tant que la chose ou le navire existe. Le privilège maritime s'éteint en cas de perte du navire en mer. Cela est parfaitement logique. Pourtant, la doctrine actuelle sur la question nous enseigne que si un tel navire est renfloué, le privilège maritime renaît.

Le professeur Jackson mentionne également les conséquences découlant de la fourniture d'une sûreté sous forme de garantie ou d'engagement, par opposition au cautionnement. Aux pages 243 et 244 de son ouvrage, l'auteur s'exprime en ces termes:

[TRADUCTION] L'effet de l'acceptation d'une sûreté de ce genre à l'égard d'un privilège maritime est moins certain que dans le cas du cautionnement, non seulement en raison de son caractère relativement nouveau, mais davantage en raison de sa nature contractuelle. Il est évident qu'aucun tribunal d'Angle-

¹⁰ London: Lloyd's of London Press Ltd., 1985, p. 242 *et suivantes.*

while the undertaking remains in force. However, if for any reason it was not fulfilled, it may be argued rather more forcefully than with respect to bail that the power to arrest is revived. A contractual understanding is surely a basis for preventing or releasing from arrest and at the least an undertaking not to enforce the lien. But the lien would seem to remain until at least judgment on liability.

Based on these observations, I can only observe in turn that if the law is not clear when the *res* is substituted by bail, it is yet less clear when the security is contractual.

I must find, however, that notwithstanding the unqualified opinion favourable to the applicants as expressed by some authors, (for instance the position of Mr. Thomas, above cited), there appears to be some reluctance by the courts to follow an unfaltering path along the lines that a maritime lien is completely extinguished upon the posting of bail or other security. As I view the jurisprudence, courts appear to adopt a fairly discretionary or pragmatic approach on the question and whether or not a maritime lien continues or is revived or is extinguished when security has been put up, is determined according to the facts of each particular case and of the requirements that full justice and equity be applied.

In the circumstances of the case before me, it is at the very least premature for the Court to issue the kind of order requested. It is the kind of order which might facilitate the unfettered disposal of the subject tugs but the continuing existence of the lien, as I view the circumstances of the case, should not be of a nature to stop the sale of the tugs.

It might be said as against the respondent's strenuous opposition to an order vacating the maritime lien that the risk of such an order is minimal. The joint but not several undertaking by the various insurers in a cumulative amount of \$1.15 million represents the total insured value of the tugs and I should believe what was said during the

terre ne permettrait que le bien fasse à nouveau l'objet d'une saisie ou qu'on intente une autre action *in rem* tant que l'engagement demeure exécutoire. Cependant, si pour une raison quelconque cet engagement n'est pas respecté, on peut prétendre plus énergiquement que dans le cas du cautionnement que le pouvoir de pratiquer une saisie renaît. Une entente contractuelle constitue certainement un fondement qui permet d'empêcher ou de lever une saisie et à tout le moins d'obtenir un engagement de ne pas faire valoir le privilège. Mais il semblerait que le privilège continue à exister au moins jusqu'au prononcé d'un jugement sur la responsabilité.

b Vu ces commentaires, je puis seulement faire observer à mon tour que si la loi ne permet pas de savoir avec certitude si le cautionnement remplace la chose, elle permet encore moins de savoir dans quels cas la sûreté est contractuelle.

Il me faut néanmoins conclure que malgré l'opinion catégorique exprimée par certains auteurs en faveur de la thèse des requérants (par exemple, le point de vue précité de M. Thomas), il semble que les tribunaux montrent quelque répugnance à se rallier sans hésiter au raisonnement voulant que le privilège maritime s'éteint complètement au moment de la fourniture d'un cautionnement ou d'une autre sûreté. Suivant mon interprétation de la jurisprudence, il semble que les tribunaux adoptent une approche passablement discrétionnaire ou pragmatique à l'égard de la question et qu'ils s'appuient sur les faits particuliers de chaque espèce et qu'ils s'assurent que les exigences de la justice et de l'équité sont parfaitement respectées pour répondre à la question de savoir si le privilège maritime continue à exister, s'il renaît ou s'il s'éteint lorsque la sûreté est fournie.

g Eu égard aux circonstances de l'affaire dont je suis saisi, il serait à tout le moins prématuré pour la Cour de prononcer une ordonnance comme celle qui est demandée. C'est le genre d'ordonnance qui pourrait faciliter la libre disposition des remorqueurs en cause, mais l'existence continue du privilège ne devrait pas, selon mon appréciation des circonstances de l'affaire, être de nature à bloquer la vente des remorqueurs.

i En réponse à l'objection énergique des intimés au prononcé d'une ordonnance déclarant le privilège maritime éteint, on pourrait faire remarquer que le risque qu'une telle ordonnance soit rendue est minime. L'engagement conjoint mais non solidaire souscrit par les divers assureurs pour un montant cumulatif de 1,15 millions de dollars

course of the hearing in that this amount is comfortably in excess of the price these tugs would go for if they were otherwise subject to execution and judicial sale.

It might also be argued against the respondent's position, that the risk that an insolvency among the several underwriters might reduce, to that extent, the value of the security is more hypothetical than real. The Court should not at this time assume that all of the insurers named are at the moribund stage or on the verge of collapse.

The extent of any risk, however real or hypothetical, is a matter that is nevertheless as applicable to a subsequent purchaser as to a current lien holder. In other words, there is an equation of risk in either camp. Should the Court interfere at this stage, it could be said that it is irreversibly shifting that risk from one side to the other.

I should not be so bold as to do so at this stage. In my attempts to see my way clear through the dark and murky ways of the issue, the applicable principle is certainly not as unqualified as the applicants would urge me to believe. I would even entertain some doubt that the Court is competent to grant the order asked for, keeping in mind the limitations imposed on this Court on issuing declaratory judgments on interlocutory proceedings as opposed to formal actions and on the general approach that only by judicial sale can the Court grant a successful bidder a perfect title free and clear of all encumbrances.

I can only conclude from my perception of current law that the real test as to whether the maritime lien, in the circumstances I have described, is extinguished, or endures in a state of suspended animation or revives after a long period of hibernation, can only be resolved whenever, in due course, there should be an attempt to rearrange the tugs. As I have observed earlier, it is at that stage that a Court would properly apply its discre-

représente la valeur assurée totale des remorqueurs et j'ajoute foi à la déclaration qui a été faite à l'audience, suivant laquelle ce montant dépasse largement le prix qu'on pourrait obtenir pour ces remorqueurs s'ils faisaient par ailleurs l'objet d'une saisie-exécution et d'une vente en justice.

On pourrait également prétendre, à l'encontre de la thèse de l'intimé, que le risque que l'insolvabilité de l'un des assureurs réduise d'autant la valeur de la sûreté est plus hypothétique que réel. La Cour ne devrait pas en cet état de la cause présumer que tous les assureurs désignés sont moribonds ou qu'ils sont au bord de l'effondrement.

L'étendue du risque, qu'il soit réel ou hypothétique, est une question qui s'applique malgré tout autant à l'acquéreur subséquent qu'au titulaire actuel du privilège. En d'autres termes, le risque est le même dans un camp comme dans l'autre. Si la Cour devait intervenir à cette étape-ci, on pourrait prétendre qu'elle déplace de façon irréversible ce risque d'un côté à l'autre.

Je n'oserais pas aller si loin à cette étape-ci. Pour tenter d'élucider cette difficile question, le principe applicable n'est certainement pas aussi absolu que ce que les requérants m'exhortent à croire. Je doute même jusqu'à un certain point que la Cour soit compétente pour accorder l'ordonnance demandée, et ce pour deux raisons. En premier lieu, lorsqu'elle est saisie d'une demande de jugement déclaratoire présentée dans le cadre d'une procédure interlocutoire, notre Cour est assujettie à certaines restrictions qui n'existent pas dans le cas d'une action en bonne et due forme. En second lieu, il existe un principe général qui veut que la Cour ne puisse accorder un titre parfait, franc et quitte de toute charge, que par une vente en justice.

Je suis forcé de conclure, d'après ma perception du droit actuel, que la véritable question de savoir si, dans les circonstances que j'ai relatées, le privilège maritime s'est éteint, s'il demeure à l'état latent ou s'il renaît après une longue période d'hibernation, ne pourra être résolue que lorsqu'en temps utile, on essaiera de saisir à nouveau les remorqueurs. Comme je l'ai déjà fait remarquer, c'est à cette étape-là que le tribunal pourrait à bon

tion, one way or the other, so as to give full justice to the cause.

I must, albeit with an absence of enthusiasm, dismiss the applicant's motion. Costs shall be in the cause.

droit exercer dans un sens ou dans l'autre son pouvoir discrétionnaire, pour trancher l'affaire en toute justice.

" Je dois, bien que sans enthousiasme, débouter les requérants de leur requête. Les dépens suivront le sort du principal.

T-2012-89

T-2012-89

Jamal Saleh (Applicant)

v.

Minister of Employment and Immigration (Respondent)*INDEXED AS: SALEH v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T.D.)*

Trial Division, Joyal J.—Ottawa, October 25 and November 14, 1989.

Judicial review — Prerogative writs — Prohibition — To prohibit Immigration and Refugee Board (Convention Refugee Determination Division) from continuing inquiry because of Chairman's comments re newspaper articles produced in evidence — Upon refusal of first request for adjournment solicitor alleging denial of natural justice and requesting adjournment to bring matter before Federal Court and to attend at other inquiry on same day — Chairman refusing but according one week to file written submissions in lieu of continuing oral argument — Circumstances not such that applicant's rights denied — Chairman answering complaint by allowing filing of written submissions — Intervention of Court not justified — Applicant's rights not irreparably jeopardized — S. 70 Immigration Act permitting Refugee Division inquiry to proceed expeditiously, with flexibility and without undue formality — S. 70 permitting infusion of common sense and reality into proceedings to offset formalism legal authorities tending to create in administrative proceedings — Each case somewhat unique — Administrative procedural rules reflecting equitable principles.

Immigration — Practice — S. 70 Immigration Act permitting Convention Refugee Determination Division of Immigration and Refugee Board inquiries to proceed in flexible manner, without undue formalism and expeditiously — S. 70 allowing for infusion of common sense and reality to offset formalism legal authorities tending to create in administrative proceedings.

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, 24.
Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77, c. 52, ss. 46(3) (as am. by S.C. 1988, c. 35, s. 14), 70 (as am. idem, s. 18).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED**CONSIDERED:***Singh et al. v. Minister of Employment and Immigra-***Jamal Saleh (requérant)**

c.

a **Ministre de l'Emploi et de l'Immigration (intimé)***RÉPERTORIÉ: SALEH c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (1^{re} INST.)*

b Section de première instance, juge Joyal—Ottawa, 25 octobre et 14 novembre 1989.

Contrôle judiciaire — Brefs de prérogative — Prohibition — Visant à interdire à la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, section du statut de réfugié de poursuivre l'enquête en raison des remarques du président à l'égard d'articles de journaux produits en preuve — En raison du rejet de la première demande d'ajournement, le procureur a allégué qu'il y avait manquement à la justice naturelle et a exigé un ajournement pour soumettre l'affaire à la Cour fédérale et pour se rendre à une autre enquête prévue pour plus tard dans la journée — Le président a refusé mais il a accordé un délai d'une semaine pour produire une argumentation écrite plutôt que de continuer la plaidoirie — Les circonstances ne sont pas telles qu'il y a eu violation des droits du requérant — Le président a répondu à la plainte en permettant la production d'observations écrites — L'intervention de la Cour n'est pas justifiée — Les droits du requérant ne sont pas irrémédiablement compromis — L'art. 70 de la Loi sur l'immigration permet à l'enquête de la section du statut de se dérouler rapidement, avec souplesse et sans trop de formalisme — L'art. 70 permet de respecter le sens commun et la réalité des choses pour contrebalancer le formalisme que la doctrine pourrait créer dans les procédures administratives — Chaque affaire est en quelque sorte un cas d'espèce — Les règles de procédure administrative reflètent la doctrine de l'équité.

Immigration — Pratique — L'art. 70 de la Loi sur l'immigration permet aux enquêtes de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, section du statut du réfugié, de procéder avec souplesse, sans trop de formalisme et de façon expéditive — L'art. 70 permet de tenir compte du sens commun et de la réalité des choses pour contrebalancer le formalisme que la doctrine pourrait créer dans les procédures administratives.

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, 24.
Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-77, chap. 52, art. 46(3) (mod. par L.C. 1988, chap. 35, art. 14), 70 (mod., idem, art. 18).

j **JURISPRUDENCE****DÉCISIONS EXAMINÉES:***Singh et autre c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigra-*

tion, [1985] 1 S.C.R. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 17; 58 N.R. 1; *Gonzales v. Minister of Employment and Immigration*, [1981] 2 F.C. 781; *Re Patchett et al. and Law Society of British Columbia et al. (No. 2)* (1979), 101 D.L.R. (3d) 210; *a* [1979] 4 W.W.R. 534; 12 B.C.L.R. 82.

REFERRED TO:

Komo Construction Inc. et al. v. Commission des Relations de travail du Québec et al., [1968] S.C.R. 172; *b* (1967), 1 D.L.R. (3d) 125; *Arumugam v. Minister of Employment and Immigration* (1986), 72 N.R. 388 (F.C.A.); *Attorney General of Canada v. Lachapelle*, [1979] 1 F.C. 377; (1978), 91 D.L.R. (3d) 674 (T.D.); *Plombelec Inc. c. Melançon*, [1978] R.P. 31 (Que. C.A.).

AUTHORS CITED

de Smith, Stanley A. *Judicial Review of Administrative Action*, 3rd ed. London: Stevens & Sons Ltd., 1973.

COUNSEL:

Denis Buron for applicant.
Serge Fréreau for respondent.

SOLICITORS:

Saint-Pierre et Buron, Montréal, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following is the English version of the reasons for order rendered by

JOYAL J.: The facts raised by this application for a writ of prohibition and relief under section 24 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]] are not in dispute.

Those facts are based on the text of the transcript at a hearing before the Immigration and Refugee Board, Refugee Division, held in Montréal on September 15, 1989. At that time the applicant claimed refugee status, and crossed the threshold of credibility following an inquiry by an adjudicator under subsection 46(3) of the *Immigration Act, 1976* [S.C. 1976-77, c. 52 (as am. by *j* S.C. 1988, c. 35, s. 14)].

tion, [1985] 1 R.C.S. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 17; 58 N.R. 1; *Gonzales c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1981] 2 C.F. 781; *Re Patchett et al. and Law Society of British Columbia et al. (No. 2)* (1979), 101 D.L.R. (3d) 210; [1979] 4 W.W.R. 534; 12 B.C.L.R. 82.

DÉCISIONS CITÉES:

Komo Construction Inc. et al. v. Commission des Relations de travail du Québec et al., [1968] R.C.S. 172; (1967), 1 D.L.R. (3d) 125; *Arumugam c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1986), 72 N.R. 388 (C.A.F.); *Le procureur général du Canada c. Lachapelle*, [1979] 1 C.F. 377; (1978), 91 D.L.R. (3d) 674 (1^{re} inst.); *Plombelec Inc. c. Melançon*, [1978] R.P. 31 (C.A. Qué.).

DOCTRINE

de Smith, Stanley A. *Judicial Review of Administrative Action*, 3rd ed. London: Stevens & Sons Ltd., 1973.

AVOCATS:

Denis Buron pour le requérant.
Serge Fréreau pour l'intimé.

PROCUREURS:

Saint-Pierre et Buron, Montréal, pour le requérant.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

Voici les motifs de l'ordonnance rendus en français par

LE JUGE JOYAL: Les faits que soulève cette requête pour l'émission d'un bref de prohibition ainsi qu'un redressement en vertu de l'article 24 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]] ne sont pas contredits.

Ces faits reposent sur le texte d'un procès-verbal à l'occasion d'une enquête devant la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, section du statut de réfugié, qui se tenait à Montréal le 15 septembre 1989. Le requérant était alors un revendicateur du statut de réfugié qui avait franchi le seuil de crédibilité suite à une enquête de l'arbitre sous le paragraphe 46(3) de la *Loi sur l'immigration de 1976* [S.C. 1976-77, chap. 52 (mod. par L.C. 1988, chap. 35, art. 14)].

The applicant, a Lebanese by origin, claimed that the dangers to his safety in Lebanon met the requirements of the United Nations *Convention Relating to the Status of Refugees* [28 July, 1951, 189 U.N.T.S. 137]. In fact, from the information in the record the applicant said he was caught in a conflict between the Amal group and the Hezbollah group, two Lebanese factions which were regularly at odds in that country.

When the applicant was examined about this by his counsel, the presiding member of the tribunal pointed out that the conflict between the Amal and Hezbollah forces had been followed by an invasion by the Syrians and a conflict with the Christians.

The presiding member then suggested to the applicant that a truce had apparently been arranged between these two groups. This is when counsel for the applicant intervened, saying "I have a document that will deny that comment, Mr. President" and the presiding member replied "Well, you can deposit that document". The presiding member made the following comments:

And there's been a general unification, or a joint effort with the Syrians in conflict with the Christian Lebanese forces as led by General Aoun. And this is just a general comment in regard to the situation as it exists in the last short period of time in Lebanon.

Counsel for the applicant then entered in evidence two articles from the newspaper *The Gazette* dated July 8 and 10, 1989, to show that the conflicts between the Amal and Hezbollah groups continued to exist.

The presiding member replied:

Okay, well, your material has been deposited. If we want to rely on articles in the Gazette, there was a series done in *The Gazette* on August the 19th, that dealt with the conflict situation in Lebanon . . . So that's more recent material. And the sources I tend to rely on is go beyond the Gazette [*sic*]. So that's all I need to say on that point.

Counsel for the applicant then asked:

"Mr. President, I will have to ask you to produce the evidence that you are adducing yourself".

And the presiding member replied:

"I don't have to produce anything to satisfy your needs".

Le requérant, libanais d'origine, prétendait que les risques à sa sécurité au Liban remplissaient les exigences de la *Convention des Nations-Unies sur le statut de réfugié* [28 juillet 1951, 189 N.U.R.T. 137]. En fait, d'après les informations au dossier, le requérant se disait pris dans un conflit entre le groupe Amal et le groupe Hezbollah, deux factions libanaises qui se confrontaient régulièrement dans ce pays.

À la suite d'un interrogatoire du requérant par son procureur au sujet de cette situation, le président du tribunal se permettait d'observer que le conflit entre les forces Amal et Hezbollah avait été succédé par une invasion des Syriens et un conflit avec les Chrétiens.

Le président alors de suggérer au requérant qu'il se serait produit une trêve entre ces deux groupes. C'est à ce moment que le procureur du requérant intervenait en disant: [TRADUCTION] «J'ai un document qui contredira cette observation, M. le président» et le président de répondre: «Eh bien, vous pouvez déposer ce document.» Le président de faire les commentaires suivants:

[TRADUCTION] Et il y a eu une unification générale ou un effort commun avec les Syriens dans le conflit qui les oppose aux forces chrétiennes libanaises dirigées par le général Aoun. Ce n'est là qu'un commentaire général concernant la situation telle qu'elle existe ces derniers temps au Liban.

C'est alors que le procureur du requérant mit en preuve deux articles du quotidien *The Gazette* datés du 8 et du 10 juillet 1989, afin de démontrer que les conflits entre les groupes Amal et Hezbollah persistaient.

Le président de répondre:

[TRADUCTION] D'accord, vos documents ont été déposés. Si nous voulons nous fonder sur les articles parus dans la Gazette, il y en a une série dans le numéro du 19 août qui portait sur le conflit au Liban . . . Ce sont donc là des documents plus récents. Et les sources sur lesquelles j'ai tendance à m'appuyer ne se limitent pas à la Gazette. C'est tout ce que j'ai à dire sur ce point.

Le procureur du requérant demandait alors:

[TRADUCTION] «M. le président, je vous demanderai de produire les éléments de preuve que vous présentez.»

Et le président de répondre:

[TRADUCTION] «Je n'ai rien à produire pour satisfaire vos besoins.»

Counsel insisted and the presiding member added:

Well, I quoted the 19th of August out of courtesy. I repeat, I do not have to produce anything to satisfy you as counsel. Where I sit in terms of material that is known, that is established, and it's a common fact, and it's incumbent upon you as counsel to make yourself aware of it. And that's the end of the discussion.

The inquiry then proceeded in the usual way until counsel for the applicant told the tribunal that he would have to ask for an adjournment "to answer the evidence that was adduced today without being produced", referring to the content of the article in *The Gazette* of August 19, 1989.

The presiding member later said the following:

Concerning your request, and I think if I heard you correctly, for adjournment, I fail to see the need for an adjournment at this time. Specifically to provide you with the occasion to respond to comments made by me. Comments which are made by me in terms of just basic judicial knowledge of a situation. So your motion, your request for an adjournment is denied . . . So again, I repeat, I see no need for us to adjourn and delay the proceedings so that you can respond to general comments made from the bench.

As may be seen from reading the foregoing, communications between the presiding member and counsel for the applicant became somewhat tense, as indicated by the following statements:

So Mr. President, at this time, I will have to request another adjournment for two supplemental reasons. First of all, and the most important one, your denial for me to answer or to comment, or to have any opportunity to analyze your comment and sources, is a complete denial of natural justice, and I request an adjournment for the purpose of asking Federal Court of Canada to decide if you can continue to sit in this case in the circumstances. That is, unless you change your prior decision.

Second of all, my services have been retained in another case this afternoon, which was postponed by an adjudicator of Immigration, to this date. And he had indicated me that if I have availability this afternoon that he would request me to present myself. I had commented at the time that I had a case in the morning, but I should be available in the afternoon. And in the circumstances, I intend to present myself at 1200 Papineau at 1:00 o'clock this afternoon. Which would not leave me the time to present all my arguments before going there. So for all these reasons Mr. President, I will ask you to adjourn this case, as indicated, unless you review your prior decision as far as comments are concerned; I will, in the meantime, apply to Federal Court to have you removed from this case.

A. Counsel, the comments that you've made with regard to denial of natural justice are at best spurious, and not

Le procureur s'obstinait et alors le président ajoutait:

[TRADUCTION] Eh bien, j'ai cité l'article du 19 août par courtoisie. Je répète, je n'ai rien à produire pour vous satisfaire dans l'exercice de vos fonctions. Lorsque je parle de documents qui sont connus, établis, et constituent des lieux communs, il vous appartient en tant qu'avocat d'en prendre connaissance. Cela met un terme à la discussion.

Par la suite, l'enquête se déroulait de façon normale jusqu'à ce que le procureur du requérant ait prévenu le tribunal qu'il devait demander un ajournement [TRADUCTION] «Pour répondre aux éléments de preuve qui ont été présentés aujourd'hui sans être produits», référant au contenu de l'article du quotidien *The Gazette* du 19 août, 1989.

Plus tard, le président disait ceci:

[TRADUCTION] En ce qui concerne votre requête qui, si je vous ai bien compris, vise à obtenir un ajournement pour vous permettre de répondre aux commentaires que j'ai faits au sujet d'éléments bien connus d'une situation, je n'en vois pas la nécessité à ce stade. Votre requête en ajournement est donc rejetée . . . Je répète, je ne vois pas la nécessité d'ajourner et de retarder les procédures pour que vous puissiez répondre aux commentaires généraux que j'ai faits.

Une lecture de ce qui précède peut bien indiquer que les communications entre le président et le procureur du requérant devenaient quelque peu tendues comme en fait foi les propos suivants:

[TRADUCTION] Ainsi, M. le président, je dois maintenant demander un autre ajournement pour deux raisons additionnelles. En premier lieu, et c'est la raison la plus importante, le fait que vous m'empêchiez de répondre ou de commenter ou d'analyser vos commentaires et sources constitue un déni de justice naturelle; je sollicite un ajournement afin de demander à la Cour fédérale du Canada de décider si vous pouvez continuer à siéger dans la présente affaire, à moins que vous ne changiez votre décision antérieure.

En second lieu, mes services sont requis cet après-midi dans une autre affaire qui a été reportée à aujourd'hui par un arbitre de l'Immigration. Et il a indiqué qu'il me demanderait de me présenter si j'étais disponible cet après-midi. Je lui ai alors dit que j'avais une cause le matin mais que je serais disponible l'après-midi. Dans les circonstances, j'ai l'intention de me présenter au 1200 Papineau à 13 h cet après-midi, ce qui ne me laissera pas le temps d'exposer tous mes arguments avant de m'y rendre. Pour toutes ces raisons, M. le président, je vous demanderai d'ajourner la présente affaire, tel qu'indiqué, à moins que vous ne révisiez votre décision antérieure en ce qui concerne les commentaires; entretemps, je demanderai à la Cour fédérale de vous récusar en l'espèce.

R. Maître, les commentaires que vous avez faits concernant le déni de justice naturelle sont tout au moins fallacieux, et je

worthy of a response from the bench. So my decision, my original decision stands, and we will not adjourn. With your regard to your request for adjournment so that you can go to Papineau, or wherever, you must realize that when you accept to represent a claimant and present yourself in front of this tribunal, you're undertaking a very serious responsibility. And this tribunal is paramount, and takes precedence over any other claim to your time, so I see no reason for us to adjourn to allow you to go there. However, in good faith, I will extend you the possibility to submit your submissions in writing, and I will provide you with one week to do so.

The presiding member then asked the refugee hearing officer to submit a summary of the facts. When she completed this, counsel for the applicant said he was satisfied with the review.

After a short submission by the refugee hearing officer, the presiding member asked counsel to submit his argument. I reproduce the text of it in full here:

BY PRESIDING MEMBER (TO COUNSEL)

- Counsel, as I said earlier, I'm prepared to extend to you the opportunity to submit your submissions in writing in order to accommodate you. So if you accept this proposal, and you have until noon, 12:00 noon on the 22nd of September to submit your submissions in writing. We will terminate the proceedings at this point.
- A. May I ask what happen if I refuse.
- Again, it's another spurious question on your part. Your choice is to make your submission right now or to submit them in writing. And when you refer to natural justice in defence of a position, if you would want us at this tribunal and this Commission to take you seriously, you would withdraw that particular comment and the question.
- A. Mr. Hendricks, I have, right now, a lot of problems to take yourself seriously.
- Mr. Buron, you're out of order.
- A. And what I intend to do at this point, is to accept to produce written arguments, that being made without prejudice. And that taking into consideration I advise you of such a thing, that I will move into Federal Court in the meantime and I will ask the Federal Court to have a new hearing in this case. That is, once again, without prejudice, and I do not recall having closed my evidence, and do not consider that closed at this moment. Thank you.
- Mr. Counsel, you have until 12:00 noon, the 22nd of September to submit your submissions or you make them right now before leaving. And that's the choice you have. So you decide which course you're going to take.
- A. As I said, I accept to submit by written evidence as directed without prejudice.
- Well, enough said.

n'ai pas à y répondre. De sorte que ma décision, ma décision originale demeure et il n'y aura pas d'ajournement. Quant à votre demande d'ajournement visant à vous permettre d'aller sur Papineau ou ailleurs, vous devez réaliser que lorsque vous acceptez de représenter un revendicateur et de vous présenter devant ce tribunal, vous assumez une responsabilité très importante. Et ce tribunal est souverain et il a préséance sur le temps dont vous disposez, de sorte que je ne vois aucune raison pour laquelle je devrais ajourner pour vous permettre d'aller là-bas. Cependant, en toute bonne foi, je vous permettrai de soumettre vos arguments par écrit d'ici une semaine.

C'est alors que le président demandait à «l'agent d'audience» de soumettre un sommaire des faits. Quand celle-ci eut terminé, le procureur du requérant se disait satisfait de son exposition.

Après une courte intervention de «l'agent d'audience», le président invitait le procureur à soumettre son argumentation. Je reproduis ici le texte intégral:

[TRADUCTION] LE PRÉSIDENT D'AUDIENCE (À L'AVOCAT)

- Maître, comme je l'ai déjà dit, je suis disposé à vous permettre de soumettre vos arguments par écrit pour vous faciliter la tâche. Si vous acceptez cette proposition, vous devez y donner suite d'ici le 22 septembre à midi. Nous mettrons alors fin au débat.
- R. Puis-je vous demander ce qui arrivera si je refuse?
- C'est une autre question fallacieuse de votre part. Vous avez le choix de soumettre vos arguments dès maintenant ou de le faire par écrit. Et lorsque vous invoquez la justice naturelle pour défendre votre point de vue, si vous voulez que ce tribunal et cette Commission vous prennent au sérieux, vous devriez retirer ce commentaire et cette question.
- R. M. Hendricks, j'ai en ce moment beaucoup de difficultés à vous prendre au sérieux.
- Me Buron, vous dépassez les bornes.
- R. J'ai l'intention pour le moment d'accepter de produire des arguments écrits, mais sous toutes réserves. Cela étant, je vous informe qu'entretemps, je m'adresserai à la Cour fédérale pour obtenir une nouvelle audience en l'espèce et ce, sous toutes réserves une fois de plus; et autant que je sache, ma preuve n'est pas encore close. Merci.
- Maître, vous avez jusqu'au 22 septembre à midi pour soumettre vos arguments ou vous pouvez le faire dès maintenant avant de quitter. C'est le choix que vous devez faire.
- R. Comme je l'ai dit, j'accepte de présenter une preuve écrite telle que prescrite, sous toutes réserves.
- Bien!

If I understand counsel for the applicant's position correctly, he felt aggrieved by the attitude of the presiding member when the latter drew his attention to another article in *The Gazette* which apparently to some extent contradicted the less recent articles referred to by counsel himself. Counsel then adopted a confrontational attitude, accused the tribunal of a breach of natural justice, demanded an adjournment and refused to participate in the argument stage.

Counsel for the applicant interpreted all these events as justifying intervention by prerogative writ, to prohibit the tribunal from concluding the inquiry, order a new inquiry and require that this be held before a new tribunal with different members.

The applicant relied on section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and cited the Supreme Court of Canada judgment in *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, in which the Court held that a person claiming refugee status was entitled to the application of the rules of fundamental justice in determining his status. This means that in an inquiry of this type the procedural system must at least give the person claiming refugee status a sufficient opportunity to present his case and know what he has to prove.

The applicant also cited the Federal Court of Appeal judgment in *Gonzalez v. Minister of Employment and Immigration*, [1981] 2 F.C. 781, in which the Court of Appeal set aside a decision of the Immigration Appeal Board on the ground that in that decision the Board had relied on information obtained at other hearings before the same tribunal relating to conditions that existed in the claimant's country of origin, Chile. Urie J. said as to this, at page 782:

The information was not the sort of information of which judicial notice could be taken in proceedings before a court nor was it of the general character well known to the Board and to the public referred to in the *Maslej* case.

On the question of a person's right to be physically present at an inquiry and the privilege of submitting oral argument, the applicant relied on a

Si je comprends bien la position du procureur du requérant, il se sentait lésé par l'attitude du président quand ce dernier lui rappelait l'existence d'un autre article dans la *Gazette* qui semblait contredire quelque peu les articles moins récents que le procureur lui-même avait cités. Le procureur adoptait alors une attitude contradictoire, accusait le tribunal d'un manquement à la justice naturelle, exigeait un ajournement et refusait de participer au stage de l'argumentation.

Le procureur du requérant interprète tous ces événements comme justifiant une intervention par voie de bref de prérogative, afin de défendre au tribunal de finir l'enquête, d'ordonner une nouvelle enquête et d'exiger que celle-ci se tienne devant un nouveau tribunal différemment composé.

Le requérant s'appuie sur l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et cite l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; où la Cour aurait déterminé qu'un revendicateur du statut de réfugié a droit à l'application des principes de justice fondamentale dans la reconnaissance de son statut. Ce qui veut dire que le système de procédure dans une enquête du genre doit, au moins, offrir à la personne qui revendique le statut de réfugié une possibilité suffisante d'exposer sa cause et de savoir ce qu'elle doit prouver.

Le requérant cite aussi l'arrêt de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Gonzalez c. Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1981] 2 C.F. 781, dans laquelle la Cour d'appel avait cassé une décision de la Commission d'appel de l'immigration pour le motif que la Commission, dans cette décision, s'était basée sur des renseignements recueillis lors d'autres audiences devant le même tribunal et se rapportant aux conditions qui existaient dans le pays d'origine du revendicateur, soit le Chili. Le juge Urie disait sur ce point, à la page 782:

Il ne s'agit pas de renseignements dont on pouvait, à l'occasion de procédures devant un tribunal, prendre connaissance judiciaire. Il ne s'agit pas non plus de renseignements généraux, bien connus de la Commission et du public, du genre mentionné dans l'affaire *Maslej*.

Sur la question des droits d'une personne à une présence physique au cours d'une enquête et au privilège de soumettre une argumentation orale, le

judgment of the British Columbia Supreme Court in *Re Patchett et al. and Law Society of British Columbia et al. (No. 2)* (1979), 101 D.L.R. (3d) 210. Anderson J. in his reasons cited the principle stated by de Smith, *Judicial Review of Administrative Action* (3rd ed., 1973), at page 177, and also that of Pigeon J. in *Komo Construction Inc. et al. v. Commission des Relations de travail du Québec et al.*, [1968] S.C.R. 172. It is clear from reading everything that is said in that judgment that the right to oral participation depends on the particular circumstances of an inquiry, the subject-matter dealt with and the consequences involved.

For the rules of natural justice to apply in the case at bar, the Court must above all determine whether the particular events which occurred at the applicant's inquiry were such as to infringe his rights and justify intervention by the Court.

The amendments to the Immigration Act, which came into effect on January 1 of this year, indicates the type of procedure that the tribunal must observe at an inquiry. I quote section 70 [as am. by S.C. 1988, c. 35, s. 18], which reads as follows:

70. (1) The Refugee Division shall sit at such times and at such places in Canada as are considered necessary by the Chairman for the proper conduct of its business.

(2) The Refugee Division shall deal with all proceedings before it as informally and expeditiously as the circumstances and the considerations of fairness permit.

(3) The Refugee Division is not bound by any legal or technical rules of evidence and, in any proceedings before it, it may receive and base a decision on evidence adduced in the proceedings and considered credible or trustworthy in the circumstances of the case.

(4) The Refugee Division may, in any proceedings before it, take notice of any facts that may be judicially noticed and, subject to subsection (5), of any other generally recognized facts and any information or opinion that is within its specialized knowledge.

(5) Before the Refugee Division takes notice of any facts, information or opinion, other than facts that may be judicially noticed, in any proceedings, the Division shall notify the Minister, if present at the proceedings, and the person who is the subject of the proceedings of its intention and afford them a reasonable opportunity to make representations with respect thereto.

Reading this provision leads us to expect that at any inquiry there may be times when the strict

requérant s'appuie sur une décision de la Cour supérieure de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Re Patchett et al. and Law Society of British Columbia et al. (No. 2)* (1979), 101 D.L.R. (3d)

a 210. Le juge Anderson, dans ses motifs, cite la doctrine énoncée par de Smith, *Judicial Review of Administrative Action*, (3^e éd., 1973) à la page 177 et aussi celle du juge Pigeon dans l'arrêt *Komo Construction Inc. et al. v. Commission des Relations de travail du Québec et al.*, [1968] R.C.S. 172. À la lecture de tout ce qui est dit dans ce jugement, il est clair que le droit à une participation orale dépend des circonstances particulières d'une enquête, du sujet traité, et des conséquences en cause.

Pour que les principes de justice naturelle s'appliquent en l'espèce, il s'agit avant tout de déterminer si les événements particuliers qui se sont déroulés au cours de l'enquête du requérant sont de nature à léser ses droits de façon à justifier l'intervention de la Cour.

Les modifications de la Loi sur l'immigration, entrée en vigueur le 1^{er} janvier de cette année, prévoient le genre de procédures que le tribunal doit respecter au cours d'une enquête. Je cite l'article 70 [mod. par L.C. 1988, chap. 35, art. 18] qui se lit comme suit:

f 70. (1) La section du statut siège au Canada aux lieux, dates et heures choisis par le président en fonction de ses travaux.

(2) Dans la mesure où les circonstances et l'équité le permettent, la section du statut fonctionne sans formalisme et avec célérité.

g (3) La section du statut n'est pas liée par les règles légales ou techniques de présentation de la preuve. Elle peut recevoir les éléments qu'elle juge dignes de foi en l'espèce et fonder sur eux sa décision.

h (4) La section du statut peut admettre d'office les faits ainsi admissibles en justice de même que, sous réserve du paragraphe (5), les faits généralement reconnus et les renseignements ou opinions qui sont du ressort de sa spécialisation.

i (5) Sauf pour les faits qui peuvent être admis d'office en justice, la section du statut informe le ministre, s'il est présent à l'audience, et la personne visée par la procédure de son intention d'admettre d'office des faits, renseignements ou opinions et leur donne la possibilité de présenter leurs observations à cet égard.

j Une lecture de cette disposition nous permet de prévoir qu'au cours de toute enquête, il se peut

rules of procedure or evidence must give way to common sense or the reality of the matter. An intervention by a member of a tribunal, which may have the appearance of being improper, does not necessarily result in such a denial of justice that the rights of an individual will always be infringed and be a basis for judicial intervention *ipso facto*. The context in which the events occurred and the ongoing circumstances of the whole inquiry must be taken into account.

The comments made by the presiding member are open to two interpretations. The first would be to give them a somewhat insignificant meaning, having no serious consequences. These comments were made following evidence submitted by counsel for the applicant by means of certain *Gazette* articles on July 8 and 10, 1989 regarding events in Lebanon. A reference to the article of August 19, 1989 may be less an aspect of contradictory evidence than an indication to counsel that newspaper articles regarding events in Lebanon do not necessarily have great evidentiary value, or that one newspaper article applies as much as another. It might be a sort of warning to counsel that he should hesitate to base his case and his argument on the July articles and would be well advised to look at more recent articles. This is certainly the meaning that could be given to the words of the presiding member, who said "If we want to rely on articles in *The Gazette* . . .", suggesting to counsel that he should not place too much reliance on such articles.

In this context, it would be hard to conclude that the presiding member's intervention constituted an infringement of the applicant's rights. It would suggest that the dramatic use subsequently made of it by counsel was a fabrication and a long way from the reality.

The other interpretation would be less favourable to the presiding member. It would in some degree recognize that the reaction of counsel was correct and conclude that this was indeed evidence introduced at the hearing by the presiding member, who subsequently refused to produce documentation in support of it. Regardless of the presiding member's contention that it was counsel's responsibility to familiarize himself with it or

qu'interviennent certains moments où les règles strictes de procédure ou de preuve doivent faire place au sens commun et à la réalité des choses. Une intervention par un membre d'un tribunal et qui d'apparence serait inopportun ne soulève pas nécessairement un tel déni de justice que les droits d'une personne soient pour toujours lésés et donnerait lieu *ipso facto* à une intervention judiciaire. Il faut tenir compte du contexte dans lequel les événements se passent et de l'aspect dynamique qui entoure toute l'enquête.

Les commentaires du président se livrent à deux interprétations. La première de celles-ci serait de lui accorder un sens plutôt insignifiant et ne portant pas de conséquences graves. Ces commentaires venaient à la suite de la preuve soumise par le procureur du requérant par voie de certains articles de la *Gazette* les 8 et 10 juillet 1989 touchant les événements au Liban. Une référence à l'article du 19 août 1989 serait moins un élément de preuve contradictoire qu'une indication au procureur que les articles du quotidien en ce qui concerne les événements au Liban n'ont pas tellement de force probante ou, encore, qu'un article de journal en vaut l'autre. Ce serait une sorte d'avertissement au procureur qu'il devrait hésiter à fonder sa cause et son argumentation sur les articles du mois de juillet et qu'il serait donc sage qu'il prenne connaissance des articles plus récents. C'est bien le sens qu'on pourrait donner aux paroles du président qui disait [TRADUCTION] «Si nous voulons nous fonder sur les articles parus dans la *Gazette*. . .» laissant sous-entendre au procureur qu'il ne devrait pas trop se fier sur ces articles.

Dans ce contexte, il serait difficile de conclure que l'intervention du président constitue une entrave aux droits du requérant. Ce serait dire que la pièce de théâtre, qu'en aurait fait par la suite le procureur, serait toute montée et de beaucoup dénuée des réalités.

L'autre interprétation en serait une plus défavorable au président. Ce serait en quelque sorte admettre le bien fondé de la réaction du procureur et de conclure qu'il s'agit bien d'un élément de preuve lancé à l'enquête par le président qui refuse par la suite de produire la documentation à l'appui. Qu'importe que la prétention du président était qu'il était de la responsabilité du procureur d'en prendre connaissance ou qu'à tout événement

that in any case the article in question was a matter of judicial notice, there may have been a breach of natural justice in that the applicant could not know the evidence against him and was not in a position to rebut it.

However, others things occurred at the inquiry. As indicated by the transcript, counsel requested an adjournment not only to obtain evidence in rebuttal but also in order to be present at another inquiry scheduled for later in the day. The text of the transcript recounts the exchanges on either side. In my view, the decision made by the presiding member to allow counsel to file a written argument within a week is a valid response to the latter's objection. That period of time allowed counsel to bring forward whatever he thought was necessary to protect his client's interest.

It is true there is well-settled precedent in the cases cited by the applicant providing certain guarantees to anyone whose interests are the subject of an administrative proceeding. To ensure that they are observed, a court exercises a supervisory function and will intervene when it feels that the facts justify it. However, each case is to some extent *sui generis*. The principles stated in a particular case do not justify its indiscriminate application.

The rules of administrative procedure essentially reflect the principle of fairness. I must therefore take account of the realities and apply some common sense to the matter as a set off against the formalism which may be created by legal theory and on which applicants and counsel may wish to rely. Taking a contrary course would simply be allowing administrative procedure to move towards a formalism that would destroy its substance and the nature of which would be increasingly subject to abstract and artificial rules. This may be what has occurred in the area of criminal proceedings. However, such excessive formalism should not prevail when the legislature favours a statutory system to decide on whether a person is entitled to refugee status and, in order to avoid an excessively rigid procedure, allows a court to adopt a more flexible and expeditious method. This is in fact the

l'article en question était de connaissance judiciaire, il y aurait eu un manquement à la justice naturelle en ce que le requérant n'aurait pu prendre connaissance de la preuve contre lui et n'aurait pas eu l'occasion de la contredire.

D'autres choses, cependant, se sont déroulées au cours de l'enquête. Comme en fait foi le procès-verbal, le procureur devait demander un ajournement non seulement pour obtenir une preuve contradictoire mais aussi pour lui permettre de se rendre à une autre enquête prévue pour plus tard dans la journée. Le texte du procès-verbal raconte l'histoire des interlocutions de part et d'autre. À mon avis, la décision prise par le président de permettre au procureur de produire une argumentation écrite dans un délai d'une semaine répond bien au grief de ce dernier. Ce délai permet au procureur de faire valoir tout ce qui lui semble nécessaire pour sauvegarder les intérêts de son client.

Il est vrai que la doctrine bien établie dans la jurisprudence citée par le requérant donne lieu à certaines garanties à toute personne dont les intérêts sont soumis à une procédure administrative. Pour en assurer le respect, une cour exerce le rôle de surveillant et se permet d'intervenir quand elle juge que les faits le justifient. Chaque cause, cependant, est en quelque sorte une cause d'espèce. Ainsi, la doctrine exprimée dans une cause particulière ne justifie pas son application à l'outrance.

Les règles de procédure administrative reflètent fondamentalement la doctrine de l'équité. Je dois donc respecter la réalité des choses et du sens commun qui en découle pour contrebalancer le formalisme que la doctrine pourrait créer et dont requérants et procureurs désireraient se prévaloir. Admettre le contraire n'aurait comme conséquence que l'évolution constante des procédures administratives vers un formalisme qui en détruirait la substance et dont la réalité serait de plus en plus soumise à des normes abstraites et artificielles. C'est peut-être le phénomène qui se serait implanté dans le contexte des procédures criminelles. Ce formalisme à l'outrance, cependant, ne devrait pas avoir droit de seigneur quand le législateur préconise un système statutaire pour décider du droit d'une personne au statut de réfugié et, afin de ne pas le soustraire à une procédure trop

policy clearly expressed by the legislature in section 70 of the Act.

Counsel for the applicant may be right in thinking that the attitude of the presiding member towards him was somewhat authoritarian or did not reflect the standard of conduct expected from any person exercising quasi-judicial powers. On the other hand as any judge knows, when such a person is dealing with experienced counsel, the tribunal's attitude to counsel would tend to be more demanding. In reacting to it human vanity will often take precedence over rational discourse.

In any case, I must conclude that the reasons presented by counsel for the applicant could not justify my intervention at this stage of the proceedings. The interpretation I give to the provisions of section 70 of the Act allows some latitude in the evidence which the parties may accept or submit at the inquiry. Counsel for the applicant should himself know that if the ordinary rules of evidence were applied, the *Gazette* articles he cited himself would be inadmissible because of the hearsay rule and that he would have had to call the persons who wrote them. If the admissibility of such evidence is not questioned, is it logical to apply a stricter rule to the comments of the presiding member of the tribunal? Would not this be a matter of imposing double standards on these proceedings?

In my opinion the presiding member's action, when he later allowed counsel for the applicant a week to file his submission, eliminated any fear that the applicant's rights would be irreparably affected and that the inquiry would become *de facto* vitiated.

I must accordingly allow the inquiry to proceed and the tribunal to arrive at its decision. If this decision is unfavourable to the applicant and his counsel finds it to contain any errors, he can then proceed with other remedies.

As I have decided on the facts in the record that I should not intervene, I do not need to consider the other points raised by counsel for the respondent regarding the jurisdiction of the Federal Court Trial Division to grant the applicant the relief

disciplinée, permet à un tribunal d'adopter une méthode plus flexible et plus expéditive. C'est bien d'ailleurs la politique que le législateur a très bien exprimée en l'article 70 de la Loi.

^a Le procureur du requérant aurait peut-être raison de croire que l'attitude du président envers lui est plutôt autoritaire ou ne reflète pas ce standard de conduite qu'on est sensé reconnaître chez toute personne qui exerce une responsabilité quasi-judiciaire. D'autre part, quand cette personne fait face à un procureur chevronné, l'attitude, comme tout juge le sait, peut devenir plus écorcée. C'est alors que l'amour-propre, d'une part et d'autre, ^b semble prédominer sur les intérêts de la justice et sur les intérêts du client. ^c

À tout événement, je dois conclure que les motifs soulevés par le procureur du requérant ne pourraient justifier mon intervention à ce stage des procédures. L'interprétation que j'apporte aux dispositions de l'article 70 de la Loi accorde une certaine latitude dans les éléments de preuve que les parties peuvent accepter ou produire au cours de l'enquête. Le procureur du requérant devrait ^d savoir lui-même que si on devait adopter les règles de preuve usuelles, les articles de la *Gazette* qu'il a lui-même cités seraient irrecevables en raison du principe du ouï-dire et qu'il lui aurait fallu en produire l'auteur. Si l'admissibilité de cette preuve ^e n'est pas mise en jeu, serait-il logique d'exiger une règle plus formelle en ce qui concerne les commentaires du président du tribunal? On en arriverait au phénomène d'un poids, deux mesures. ^f

À mon avis, le geste du président, en accordant ^g plus tard au procureur du requérant un délai d'une semaine pour produire son factum, élimine toute crainte que les droits du requérant soient irrémédiablement affectés et que toute l'enquête devienne *de facto* viciée. ^h

Je dois donc permettre que l'enquête se poursuive et que le tribunal en arrive à sa décision. Si cette décision est défavorable au requérant et que ⁱ son procureur y trouve des erreurs quelconques, il devra alors poursuivre d'autres recours.

Ayant décidé sur les faits au dossier que je ne devais pas intervenir, il ne m'est pas nécessaire de ^j me pencher sur d'autres éléments soulevés par le procureur de l'intimé sur la compétence de la Section de première instance de la Cour fédérale

mentioned in section 24 of the Charter, whether the remedy is inopportune or premature and the various principles discussed in such cases as *Arumugam v. Minister of Employment and Immigration* (1986), 72 N.R. 388 (F.C.A.); *Attorney General of Canada v. Lachapelle*, [1979] 1 F.C. 377 (T.D.); *Plombelec Inc. c. Melançon*, [1978] R.P. 31 (Que. C.A.).

The application is dismissed with costs.

d'accorder au requérant les redressements prévus à l'article 24 de la Charte et au caractère inopportun ou prématuré du recours et dont les différentes doctrines sont exposées dans les arrêts entre autres, *Arumugam c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1986), 72 N.R. 388 (C.A.F.); *Le procureur général du Canada c. Lachapelle*, [1979] 1 C.F. 377 (1^{re} inst.); *Plombelec Inc. c. Melançon*, [1978] R.P. 31 (C.A. Qué.).

^b La requête est rejetée avec dépens.

A-1082-87

A-1082-87

Her Majesty the Queen (Appellant)

v.

Said Mohammad Attaie (Respondent)INDEXED AS: *M.N.R. v. ATTAIE (C.A.)*

Court of Appeal, Heald, Stone and Desjardins J.J.A.—Toronto, June 6; Ottawa, June 14, 1990.

Income tax — Income calculation — Deductions — Trial Judge holding mortgage interest deductible under s. 20(1)(c)(i) — Taxpayer investing funds in high interest-bearing term deposits, not paying off mortgage as intended when money borrowed — Appeal allowed — Borrowed funds not related directly to income-producing investment so as to make costs of borrowing related to income produced.

This was an appeal from the judgment of Collier J. holding that interest paid on a mortgage was deductible under subparagraph 20(1)(c)(i). When the respondent purchased a house in 1978, he obtained a fully open mortgage, at a higher interest rate, as he intended to pay it off as soon as he was able to move his money out of Iran. The respondent rented out the home at first, but occupied it with his family as a principal residence as of June 1980. Although his funds from Iran arrived in May or June 1979, the respondent decided not to pay off the mortgage, but to invest the money in term deposits as the interest rate thereon was substantially higher than that on the mortgage. The Minister allowed the interest amounts paid on the borrowed mortgage funds to be deducted from the rental income, but disallowed their deduction from the interest received from the term deposits. The Trial Judge allowed the latter deduction, reasoning that it was the taxpayer's purpose in using the borrowed money, not the purpose of the borrowing (i.e., the current use, not the original use) which was relevant. The appellant argued that His Lordship erred in finding that the use of the borrowed money to purchase a home ceased when the respondent invested other funds in income-earning deposits. The respondent argued that at all relevant times the borrowed funds were used for the *bona fide* purpose of producing income. The interest rate obtained on the invested funds exceeded at all times the interest rate on the mortgage. Unlike the situation in *Bronfman Trust v. The Queen*, the taxpayer had a reasonable expectation that the income from investment of the funds from Iran would exceed the interest payable on the like amount of debt.

Held, the appeal should be allowed.

The purpose of subparagraph 20(1)(c)(i) was to encourage the accumulation of capital which would produce taxable income. According to *Bronfman Trust*, the statutory provisions require that the inquiry be centred on the use to which the taxpayer put the borrowed funds. Their current use rather than

Sa Majesté la Reine (appelante)

c.

a

Said Mohammad Attaie (intimé)RÉPERTORIÉ: *M.R.N. c. ATTAIE (C.A.)*

^b Cour d'appel, juges Heald, Stone et Desjardins, J.C.A.—Toronto, 6 juin; Ottawa, 14 juin 1990.

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Déductions — Le juge de première instance conclut que l'intérêt payé sur un prêt hypothécaire était déductible en vertu de l'art. 20(1)(c)(i) — Le contribuable investit dans des dépôts à terme rapportant un taux d'intérêt élevé plutôt que de rembourser son prêt hypothécaire comme il avait eu l'intention de le faire lorsqu'il a contracté le prêt — L'appel est accueilli — Les fonds empruntés ne sont pas directement reliés à un investissement productif de revenus de façon à rattacher les frais du prêt au revenu produit.

d

Il s'agit d'un appel interjeté contre le jugement par lequel le juge Collier a conclu que l'intérêt payé sur un prêt hypothécaire était déductible en vertu du sous-alinéa 20(1)(c)(i). Lorsque l'intimé a acheté une maison en 1978, il a obtenu une hypothèque à échéance libre à un taux d'intérêt plus élevé, car il avait l'intention de rembourser la dette dès qu'il pourrait retirer ses fonds de l'Iran. L'intimé a tout d'abord loué sa maison, puis à partir de juin 1980, il l'a habitée avec sa famille à titre de résidence principale. Bien que ses fonds en provenance de l'Iran soient arrivés en mai ou juin 1979, l'intimé a décidé de ne pas rembourser l'hypothèque mais plutôt d'investir l'argent dans des dépôts à terme, qui rapportaient un intérêt considérablement plus élevé que l'intérêt sur le prêt hypothécaire. Le ministre a permis au contribuable de déduire de son revenu locatif les intérêts payés sur le prêt hypothécaire, mais il a rejeté leur déduction de l'intérêt tiré des dépôts à terme. Le juge de première instance a admis la seconde déduction, au motif que c'était l'intention du contribuable lorsqu'il a utilisé l'argent emprunté et non l'intention dans laquelle il l'a emprunté (c.-à-d. l'utilisation présente et non l'utilisation originale) qui importait. L'appelante a avancé que le juge avait commis une erreur en concluant que l'utilisation de l'argent emprunté pour acheter une maison avait pris fin lorsque l'intimé avait investi d'autres fonds dans des dépôts productifs de revenus. L'intimé a fait valoir qu'à toutes les époques concernées, les fonds empruntés avaient réellement été utilisés dans le but de produire un revenu. L'intérêt tiré des fonds investis a toujours excédé l'intérêt sur le prêt hypothécaire. Contrairement à ce qui était le cas dans l'affaire *Bronfman Trust c. La Reine*, le contribuable s'attendait raisonnablement à ce que le revenu tiré du placement des fonds venus de l'Iran excède l'intérêt payable sur la dette au même montant.

i

Arrêt: l'appel devrait être accueilli.

^j Le sous-alinéa 20(1)(c)(i) avait pour objet de favoriser l'accumulation de capitaux productifs de revenu imposable. Selon l'arrêt *Bronfman Trust*, les dispositions de la Loi exigent que l'examen porte sur l'utilisation faite de l'argent que le contribuable a emprunté. L'emploi présent des fonds plutôt que leur

their original use is relevant in assessing deductibility of interest payments. Once the house ceased to be a rental property, interest paid on the mortgage was no longer deductible since the income-producing property aspect of the house ceased to exist. The current use became a non-eligible use. The fact that the respondent decided to maintain the borrowing and use the funds from Iran to make a more profitable investment did not render interest paid on borrowing "interest on borrowed money used for the purpose of earning income from a business or property." The indirect use of the borrowed funds did not permit deduction of the interest paid thereon so as to retain personal funds for use as income-producing investment. The argument based on the indirect use of borrowed money was specifically rejected in *Bronfman Trust*. It was held that the Act requires tracing the use of borrowed funds to a specific eligible use. There is no tracing here of the borrowed funds to the income earned. The borrowed funds were put to a non-eligible use while the personal funds were used so as to produce income. The taxpayer had to satisfy the Court that his *bona fide* purpose in using the funds was to earn income. The borrowed monies were not used by the respondent to earn income from business or property, but to finance his personal residence.

utilisation originale importe lorsqu'il s'agit d'apprécier la déductibilité des paiements d'intérêt. Dès lors que la maison du contribuable a cessé d'être un immeuble locatif, l'intérêt payé sur le prêt hypothécaire n'était plus déductible puisque la maison avait cessé de produire des revenus. L'utilisation présente ne donnait plus lieu à une déduction. Le fait que le contribuable a décidé de conserver le prêt et d'utiliser les fonds venus de l'Iran pour faire un investissement plus avantageux n'a pas fait de l'intérêt sur le prêt un intérêt sur «de l'argent emprunté et utilisé en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien». L'utilisation indirecte des fonds empruntés n'autorisait pas la déduction de l'intérêt payé à leur égard de façon à permettre au contribuable de conserver son argent personnel pour le placer dans des investissements productifs de revenus. L'argument fondé sur l'utilisation indirecte de l'argent emprunté a été expressément rejeté dans l'arrêt *Bronfman Trust*. Il a été statué que la Loi exige de rattacher l'emploi de l'argent emprunté à une utilisation admissible précise. En l'espèce, il n'y a aucune affectation des fonds empruntés qui les rattache au revenu produit. Ils ont reçu un emploi non admissible alors que les fonds personnels ont servi à produire un revenu. Le contribuable devait convaincre la Cour qu'il entendait réellement utiliser l'argent emprunté pour produire des revenus. Les fonds empruntés n'ont pas été utilisés par l'intimé en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien, mais en vue de payer sa propre résidence.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 20(1)(c)(i), 178(2) (as am. by S.C. 1976-77, c. 4, s. 64(1); 1980-81-82-83, c. 158, s. 58; 1984, c. 45, s. 75).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Bronfman Trust v. The Queen, [1987] 1 S.C.R. 32; (1987), 36 D.L.R. (4th) 197; [1987] 1 C.T.C. 117; 87 DTC 5059; 25 E.T.R. 13; 71 N.R. 134.

DISTINGUISHED:

Trans-Prairie Pipelines, Ltd. v. M.N.R., [1970] C.T.C. 537; (1970), 70 DTC 6351 (Ex. Ct.); *Sinha (BBP) v. MNR*, [1981] CTC 2599; (1981), 85 DTC 613 (T.R.B.).

REVERSED:

The Queen v. Attaie (S.M.), [1987] 2 C.T.C. 212; (1987), 87 DTC 5411; 13 F.T.R. 147 (F.C.T.D.).

REFERRED TO:

Emerson (R.I.) v. The Queen, [1986] 1 C.T.C. 422; (1986), 86 DTC 6184 (F.C.A.); *Attaie (SM) v. MNR*, [1985] 2 CTC 2331; (1985), 85 DTC 613 (T.C.C.).

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 20(1)c(i), 178(2) (mod. par S.C. 1976-77, chap. 4, art. 64(1); 1980-81-82-83, chap. 158, art. 58; 1984, chap. 45, art. 75).

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Bronfman Trust c. La Reine, [1987] 1 R.C.S. 32; (1987), 36 D.L.R. (4th) 197; [1987] 1 C.T.C. 117; 87 DTC 5059; 25 E.T.R. 13; 71 N.R. 134.

DISTINCTION FAITE AVEC:

Trans-Prairie Pipelines, Ltd. v. M.N.R., [1970] C.T.C. 537; (1970), 70 DTC 6351 (C. de l'É.); *Sinha (BBP) c. MRN*, [1981] CTC 2599; (1981), 85 DTC 613 (C.R.I.).

DÉCISION INFIRMÉE:

Canada c. Attaie (S.M.), [1987] 2 C.T.C. 212; (1987), 87 DTC 5411; 13 F.T.R. 147 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES:

Emerson (R.I.) c. La Reine, [1986] 1 C.T.C. 422; (1986), 86 DTC 6184 (C.A.F.); *Attaie (SM) c. MRN*, [1985] 2 CTC 2331; (1985), 85 DTC 613 (C.C.I.).

COUNSEL:

Ian MacGregor, Q.C. and S. Patricia Lee for
appellant.
C. M. Loopstra, Q.C. for respondent.

AVOCATS:

Ian MacGregor, c.r. et S. Patricia Lee pour
l'appelante.
a C. M. Loopstra, c.r. pour l'intimé.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for
appellant.
b Loopstra, Nixon & McLeish, Rexdale,
Ontario, for respondent.

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour
l'appelante.
Loopstra, Nixon & McLeish, Rexdale, Onta-
rio, pour l'intimé.

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

DESJARDINS J.A.: This is an appeal from a decision of the Trial Division [[1987] 2 C.T.C. 212] whereby Collier J. concluded that interest amounts paid on borrowed money used to purchase a family dwelling were deductible from the taxpayer's income for the taxation years 1980, 1981, 1982 pursuant to subparagraph 20(1)(c)(i) of the *Income Tax Act*¹ ("the Act").

The facts are not in dispute.

The respondent, a native of Iran, is married with two children. He first came to Canada without his family in 1978. He then decided to move himself and his family permanently to Canada. He looked for a house. In October, 1978, he entered into an agreement to buy a home in the Don Mills area of Toronto. The closing date was December 29, 1978. The purchase price was \$105,000. The respondent at that time had \$60,000 in funds. He signed a mortgage agreement in order to borrow \$54,000. It was a fully open mortgage, repayable at any time, maturing November 30, 1983. The respondent insisted on those terms, at the cost of paying further interest and against the advice of his real estate agent, in view of the fact that he had approximately \$200,000 in funds in Iran. He expected to move such monies out of that country within a matter of months and was anxious to repay the mortgage loan without notice or bonus.

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

LE JUGE DESJARDINS, J.C.A.: La Cour est saisie d'un appel contre la décision de la Section de première instance [[1987] 2 C.T.C. 212] par laquelle le juge Collier a conclu que des intérêts payés sur une somme empruntée pour acheter une résidence familiale étaient déductibles de l'impôt du contribuable pour les années d'imposition 1980, 1981 et 1982 conformément au sous-alinéa *d e* 20(1)(c)(i) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹ («la Loi»).

Les faits ne sont pas contestés.

L'intimé, natif de l'Iran, est marié et père de deux enfants. Il est tout d'abord venu au Canada sans sa famille en 1978. Ayant alors décidé de s'établir avec sa famille au Canada de façon permanente, il s'est mis à la recherche d'une maison. *f* En octobre 1978 il a conclu une entente visant l'achat d'une maison dans la région de Don Mills, près de Toronto. La date de signature de l'acte de vente était le 29 décembre 1978, et le prix d'achat s'élevait à 105 000 \$. À l'époque, l'intimé disposait de 60 000 \$. Il a donc contracté un prêt hypothécaire afin d'obtenir 54 000 \$. Il s'agissait d'une hypothèque à échéance libre, remboursable à volonté et arrivant à échéance le 30 novembre 1983. L'intimé a insisté sur ces conditions, quitte à *g* payer davantage d'intérêt et contre l'avis de son agent immobilier, parce qu'il avait environ 200 000 \$ en Iran. Il s'attendait à sortir cet argent de l'Iran dans un délai de quelques mois et il tenait à rembourser le prêt hypothécaire sans avis ni *h* pénalité. *i j*

¹ *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63.

¹ *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, chap. 63.

He returned to Canada in 1979. The home in Don Mills was rented until the end of May, 1980. For those first five months of 1980, the defendant reported rental income in his tax return. He deducted expenses in respect of the property including the interest paid pursuant to the mortgage. The interest expense was allowed by the revenue department.

From June 1, 1980, the respondent and his family occupied the home as the principal residence. The \$200,000 in funds from Iran arrived in this country in May or June, 1979. At this time the interest rate on term deposit investments was substantially higher than the mortgage interest the respondent was paying on the loan. He decided not to pay off the mortgage but invested the \$200,000 instead. He did so until February, 1983 when, on account of a decrease in the interest rate on term deposits, he paid off the mortgage loan.

In his 1980, 1981 and 1982 income tax returns, the respondent declared the interest received from the term deposits as income. He sought to deduct the interest amounts paid on the borrowed mortgage funds. The amounts claimed were:

1980	\$3,260.63
1981	\$5,543.33
1982	\$2,739.58

The Minister disallowed those deductions.

The Trial Judge allowed the deductions, thus confirming the Tax Court.² He stated that according to the decision of the Supreme Court of Canada in *Bronfman Trust v. The Queen*³ it was not the purpose of the borrowing which was relevant: it was the taxpayer's purpose in using the borrowed money: the current use, not the original use, was relevant. Then he said:

Here, the defendant's original purpose was to obtain funds to complete the purchase of the home. Once he received the funds from Iran that use of the borrowed funds, in a practical business sense, ceased. He made a carefully thought-out decision to maintain the borrowing in order to invest in attractive

² *Attaié (SM) v MNR*, [1985] 2 CTC 2331 (T.C.C.). The Tax Court's decision was rendered at the time *Bronfman Trust v. M.N.R.* had reached the Federal Court of Appeal, but before the Supreme Court of Canada's decision.

³ [1987] 1 S.C.R. 32.

Il est revenu au Canada en 1979. La maison de Don Mills avait été louée jusqu'à la fin mai 1980. Pour ces cinq premiers mois de 1980, le défendeur a inscrit le revenu de location dans sa déclaration d'impôt. Il a déduit les dépenses relatives à l'immeuble, y compris l'intérêt payé sur le prêt hypothécaire. Le ministère du Revenu a accueilli ces frais d'intérêt.

À partir du 1^{er} juin 1980, le défendeur et sa famille ont fait de la maison leur résidence principale. La somme de 200 000 \$ en provenance de l'Iran est arrivée au Canada en mai ou juin 1979. À cette époque, le taux d'intérêt sur les placements dans les dépôts à terme était considérablement supérieur au taux d'intérêt que l'intimé payait sur son prêt hypothécaire. Plutôt que de rembourser l'hypothèque, il a décidé d'investir les 200 000 \$. C'est ce qu'il a fait jusqu'en février 1983, lorsqu'il a remboursé le prêt en raison de la baisse du taux d'intérêt versé sur les dépôts à terme.

Dans ses déclarations d'impôt pour les années d'imposition 1980, 1981 et 1982, l'intimé a déclaré à titre de revenu les intérêts qu'ont rapportés ses dépôts à terme. Il a tenté de déduire les intérêts payés sur le prêt hypothécaire. Les sommes réclamées étaient les suivantes:

1980	3 260,63 \$
1981	5 543,33 \$
1982	2 739,58 \$

Le ministre a rejeté ces deductions.

Le juge de première instance a accueilli les deductions, confirmant de la sorte la décision de la Cour de l'impôt². Il a dit que selon la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Bronfman Trust c. La Reine*³, ce n'était pas l'objet du prêt qui importait, mais le but poursuivi par le contribuable lorsqu'il a employé les fonds empruntés: l'important était l'emploi actuel et non pas l'emploi original. Puis il a ajouté:

Dans la présente cause, le but initial du défendeur était d'obtenir les fonds pour conclure l'achat d'une maison. Cette utilisation des fonds empruntés a cessé, au sens pratique des affaires, lorsqu'il a reçu ses fonds d'Iran. Il a pris la décision mûrement réfléchi de garder l'emprunt pour investir les fonds

² Voir *Attaié (SM) c MRN*, [1985] 2 CTC 2331 (C.C.I.) La décision de la Cour de l'impôt a été rendue à l'époque où l'affaire *Bronfman Trust c. M.R.N.* était devant la Cour d'appel fédérale, mais antérieurement à l'arrêt de la Cour suprême du Canada.

³ [1987] 1 R.C.S. 32.

term deposits and earn income. This was done with an eye to the practical commercial and economic realities at the time.⁴

In his view, the respondent was then in the same situation as that found in the case of *Sinha (BBP) v MNR*⁵ referred to by Dickson C.J. in *Bronfman Trust* where, with regard to *Sinha*, Dickson C.J. said:

Conversely, a taxpayer who uses or intends to use borrowed money for an ineligible purpose, but later uses the funds to earn non-exempt income from a business or property, ought not to be deprived of the deduction for the current, eligible use: *Sinha v. Minister of National Revenue*, [1981] C.T.C. 2599 (T.R.B.); *Attaie v. Minister of National Revenue*, 85 D.T.C. 613 (T.C.C.) (presently under appeal). For example, if a taxpayer borrows to buy personal property which he or she subsequently sells, the interest payments will become prospectively deductible if the proceeds of sale are used to purchase eligible income-earning property.⁶

The Trial Judge concluded:

The *Sinha* decision was not appealed. I note the factual pattern there was quite similar to the factual pattern here. The Supreme Court, in that passage, made no adverse remarks about those two decisions.

This defendant has, in my view, brought himself within the converse proposition set out by the Chief Justice.⁷

The appellant's position is that the borrowed monies were used by the respondent to purchase a property which served as the respondent's personal residence during the taxation years 1980, 1981 and 1982. It was an error, both in fact and in law, for the Trial Judge to find that such use ceased when the respondent invested other funds in income-earning deposits. Once the property became occupied as a personal residence, it could not be found that the direct and actual use of the borrowed monies was for the purpose of earning monies from a business or property. It should not, therefore, have been held that the interest on the mortgage was deductible under the provisions of subparagraph 20(1)(c)(i) of the Act.

The respondent's position is that at all relevant times the borrowed funds were used, as found by the Trial Judge, for the *bona fide* purpose of producing income. The respondent taxpayer finds

dans des dépôts à termes avantageux et de tirer un revenu. Il a agi avec le sens des réalités commerciales et économiques qui prévalaient à cette époque⁴.

Selon lui, l'intimé se trouvait alors dans la même situation que celle dont traite l'arrêt *Sinha (BBP) c MRN*⁵ cité par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Bronfman Trust* dans lequel le juge en chef Dickson a dit ce qui suit à l'égard de l'arrêt *Sinha*:

Inversement, un contribuable qui utilise ou qui entend utiliser de l'argent emprunté pour une fin inadmissible, mais qui s'en sert ultérieurement pour tirer un revenu imposable d'une entreprise ou d'un bien, ne devrait pas se voir privé de la déduction à l'égard de l'utilisation actuelle, qui est admissible: *Sinha c. Ministre du Revenu national*, [1981] C.T.C. 2599 (C.R.I.); *Attaie c. Ministre du Revenu national*, 85 D.T.C. 613 (C.C.I.), qui fait présentement l'objet d'un appel. Par exemple, dans le cas où un contribuable emprunte pour acheter un bien meuble qu'il vend par la suite, les intérêts payés deviendront déductibles si le produit de la vente est affecté à l'achat de biens admissibles productifs de revenu⁶.

d Le juge de première instance a alors conclu:

L'arrêt *Sinha* n'a pas été porté en appel. Je constate que l'ensemble des faits dans ces causes était assez semblable à celui de la cause qui nous occupe. Dans cet extrait, la Cour suprême n'a fait aucun commentaire qui s'oppose à ces deux décisions.

À mon avis, le défendeur, en l'espèce, s'est placé lui-même dans la proposition converse exposée par le juge en chef⁷.

L'appelante fait valoir que l'intimé s'est servi du prêt pour acheter une propriété dont il a fait sa résidence principale au cours des années d'imposition 1980, 1981 et 1982. Le juge de première instance a commis une erreur de fait et une erreur de droit en concluant que cet emploi a pris fin lorsque l'intimé a placé d'autres fonds dans des dépôts productifs de revenus. Dès lors que l'intimé a fait de sa propriété sa résidence principale, on ne pouvait conclure que les fonds empruntés servaient réellement et directement à tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien. Par conséquent, on n'aurait pas dû conclure que les intérêts sur le prêt hypothécaire étaient déductibles en vertu des dispositions du sous-alinéa 20(1)(c)(i) de la Loi.

Pour sa part, l'intimé soutient qu'à toutes les époques pertinentes, les fonds empruntés ont servi véritablement, comme l'a conclu le juge de première instance, à produire des revenus. Le contri-

⁴ At p. 216.

⁵ [1981] CTC 2599 (T.R.B.).

⁶ *Bronfman Trust*, *supra*, at p. 47.

⁷ At p. 217.

⁴ À la p. 216.

⁵ [1981] CTC 2599 (C.R.I.).

⁶ *Bronfman Trust*, précité, à la p. 47.

⁷ À la p. 217.

himself in the exceptional circumstances described by Dickson C.J. in *Bronfman Trust*. Despite the fact that the borrowed funds were originally used to purchase a residence which was subsequently occupied by the taxpayer, the interest rate which the taxpayer was able to obtain in the invested funds exceeded, at all times, the interest rate payable on the mortgage. The borrowed funds involved the production of income in a situation where no other arrangement of financing could produce the same high rate of profit with consequent greater net tax liability. Had the taxpayer retired the mortgage immediately upon the receipt of the funds from Iran, and then subsequently obtained a new mortgage to allow for the making of investments, both the income which he would have produced and the net tax liability would have been far less than the respective income generated and the tax payable as a result of his efforts to augment his income-earning potential. This, he submits, meets the intent Parliament had in adopting subparagraph 20(1)(c)(i) of the Act. Unlike *Bronfman Trust*, the taxpayer here can point to a reasonable expectation that the income yield in investment of the funds received from Iran would exceed the interest payable on the like amount of debt. To deny the deductibility of interest in favour of a non-beneficial requirement of form is to discourage the accumulation of capital producing taxable income contrary to the legislative intent. The commercial and economic reality makes it appropriate to allow the taxpayer to deduct the interest on the funds notwithstanding that they were not originally borrowed for the purpose of gaining or producing income.

I agree with the appellant's position.

The relevant parts of subparagraph 20(1)(c)(i) read at the relevant time thus:

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:

(c) an amount paid in the year or payable in respect of the year (depending upon the method regularly followed by the

buable intimé se trouve dans les circonstances exceptionnelles décrites par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Bronfman Trust*. Bien que l'argent emprunté ait servi à l'origine à l'achat d'une résidence que le contribuable a par la suite occupée, l'intérêt que ce dernier a pu tirer des fonds qu'il a investis a excédé, en tout temps, l'intérêt sur son hypothèque. L'argent emprunté servait à produire un revenu dans des circonstances telles qu'aucun autre arrangement financier ne pouvait donner un profit aussi élevé, source de revenus nets imposables plus considérables. Si le contribuable avait remboursé l'hypothèque dès qu'il a reçu les fonds en provenance de l'Iran, puis obtenu une nouvelle hypothèque pour lui permettre de faire des placements, le revenu qu'il aurait tiré aussi bien que son obligation fiscale nette auraient été bien inférieurs au revenu et à la dette fiscale consécutifs à ses efforts en vue d'augmenter ses possibilités de gagner des revenus. L'intimé affirme que ceci répond à l'intention poursuivie par le Parlement lorsqu'il a adopté le sous-alinéa 20(1)c)(i) de la Loi. Contrairement à ce qui était le cas dans l'affaire *Bronfman Trust*, le contribuable en l'espèce pouvait raisonnablement s'attendre à ce que les intérêts que lui rapportait l'argent en provenance de l'Iran soient supérieurs à l'intérêt qu'il devait payer sur la somme équivalente qu'il avait empruntée. Nier la déductibilité de l'intérêt pour insister sur une exigence formelle visant l'absence de revenus, c'est décourager l'accumulation de capitaux productifs de revenus imposables à l'encontre de l'intention du législateur. La réalité commerciale et économique justifie de permettre la déduction de l'intérêt payable sur un prêt bien qu'il n'ait pas été contracté à l'origine en vue de tirer ou de produire des revenus.

Je me range à la position de l'appelante.

Les parties pertinentes du sous-alinéa 20(1)c)(i) étaient rédigées comme suit à l'époque concernée:

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:

c) une somme payée dans l'année ou payable pour l'année (suivant la méthode habituellement utilisée par le contribu-

taxpayer in computing his income), pursuant to a legal obligation to pay interest on

(i) borrowed money used for the purpose of earning income from a business or property (other than borrowed money used to acquire property the income from which would be exempt or to acquire a life insurance policy),

The purpose Parliament had in mind in adopting such provisos was assessed by Dickson C.J. in *Bronfman Trust* in the following terms:

I agree with Marceau J. as to the purpose of the interest deduction provision. Parliament created s. 20(1)(c)(i), and made it operate notwithstanding s. 18(1)(b), in order to encourage the accumulation of capital which would produce taxable income.⁸

According to *Bronfman Trust*, the statutory provisions require that the inquiry to be made, be centred on the use to which the taxpayer put the borrowed funds. Their current use rather than their original use is relevant in assessing deductibility of interest payments.

It is not disputed that the interest payments on the mortgage were correctly deducted from the revenue earned for the period of time the respondent's house was used as a rental property. Once the house ceased to be a rental property, interest paid on the mortgage was no longer deductible since the income-producing property aspect of the house ceased to exist. The current use of the monies became a non-eligible use. The fact that the respondent decided to maintain the borrowing and use the funds received from Iran to make a more profitable investment, does not render the interest paid on borrowing "interest on borrowed money used for the purpose of earning income from a business or property" as these words are found in subparagraph 20(1)(c)(i) of the Act. In *Bronfman Trust*, Dickson C.J. said:

... it has been held repeatedly that an individual cannot deduct interest paid on the mortgage of a personal residence even though he or she claims that the borrowing avoided the need to sell income-producing investments.⁹

The same applies although what was contemplated here was not borrowing so as to prevent a sale of assets like in *Bronfman Trust* but borrowing for the use of a personal residence so as to retain personal funds for use as an income-produc-

ble dans le calcul de son revenu), en exécution d'une obligation légale de verser des intérêts sur

i) de l'argent emprunté et utilisé en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien (autre que l'argent emprunté et utilisé pour acquérir un bien dont le revenu serait exonéré d'impôt ou pour prendre une police d'assurance-vie),

L'objectif que poursuivait le Parlement lorsqu'il a adopté ces restrictions a été qualifié de la façon suivante par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Bronfman Trust*:

Je partage l'avis du juge Marceau quant au but de la disposition permettant la déduction d'intérêts. Le législateur a conçu le sous-al. 20(1)(c)(i) et lui a donné effet nonobstant l'al. 18(1)(b) pour favoriser l'accumulation de capitaux productifs de revenus imposables⁸.

Selon l'arrêt *Bronfman Trust*, les dispositions de la loi exigent que l'examen qu'il y a lieu de faire se concentre sur l'emploi des fonds empruntés par le contribuable. Leur usage actuel plutôt que leur affectation première importe à l'appréciation de la déductibilité des intérêts versés.

Il n'est pas contesté que les intérêts payés sur le prêt hypothécaire ont été correctement déduits du revenu que l'intimé a tiré de la location de sa maison. Lorsque la maison n'a plus été louée, l'intérêt payé sur l'hypothèque n'était plus déductible puisque la maison avait cessé de produire des revenus. L'emploi courant des fonds était devenu non admissible. Le fait que l'intimé a décidé de conserver le prêt et de se servir de l'argent en provenance de l'Iran pour faire un investissement plus avantageux ne rend pas pour autant les intérêts payés sur le prêt «des intérêts sur de l'argent emprunté et utilisé en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien» au sens du sous-alinéa 20(1)(c)(i) de la Loi. Dans l'arrêt *Bronfman Trust*, le juge en chef Dickson a dit ce qui suit:

... on a conclu à maintes reprises qu'un particulier ne peut pas déduire l'intérêt payé sur l'hypothèque grevant une habitation personnelle, même s'il allègue que l'emprunt lui a évité d'avoir à vendre des placements productifs de revenu⁹.

La même conclusion s'applique en l'espèce bien qu'il n'ait pas été question d'emprunter pour prévenir la vente de placements comme dans l'affaire *Bronfman Trust*, mais plutôt de contracter un emprunt pour l'utilisation d'une résidence person-

⁸ *Bronfman Trust*, *supra*, at p. 45.

⁹ *Bronfman Trust*, *supra*, at p. 50.

⁸ *Bronfman Trust*, précité, à la p. 45.

⁹ *Bronfman Trust*, précité, à la p. 50.

ing investment. The borrowed funds are not related directly to the income-producing investment so as to make the costs of the borrowing related to the income produced.¹⁰

The indirect use of the borrowed funds do not make this deduction possible. In *Bronfman Trust*, *supra*, the argument based on the indirect use of borrowed money was specifically rejected. There the trustees of a trust fund who had followed investment policies which were focused more on capital gains than on income, borrowed money to make capital allocations to the beneficiary instead of selling shares in the trust fund since they were of the view that such sale, at the time, would have been commercially inadvisable. They attempted to deduct the interests paid on the loan as against the income of the trust fund. The Supreme Court of Canada declined to characterize the transaction on the basis of a purported indirect use of borrowed monies to earn income giving rise to a deduction. According to Dickson C.J.:

... neither the *Income Tax Act* nor the weight of judicial authority permits the courts to ignore the direct use to which a taxpayer puts borrowed money.¹¹

On the contrary, he said:

... the text of the Act requires tracing the use of borrowed funds to a specific eligible use, its obviously restricted purpose being the encouragement of taxpayers to augment their income-producing potential. This, in my view, precludes the allowance of a deduction for interest paid on borrowed funds which indirectly preserve income-earning property but which are not directly "used for the purpose of earning income from ... property".¹²

There is no tracing here of the borrowed funds to the income earned. The borrowed funds were put to a non-eligible use while the personal funds were used so as to produce income.

The respondent claims that contrary to *Bronfman Trust*, his assets were income-producing so he finds himself in the special circumstances

¹⁰ See *Emerson (R.I.) v. The Queen*, [1986] 1 C.T.C. 422 (F.C.A.).

¹¹ *Bronfman Trust*, *supra*, at p. 48.

¹² *Bronfman Trust*, *supra*, at pp. 53-54. Emphasis added.

nelle de façon à conserver des fonds personnels pour les mettre dans des placements productifs de revenus. L'argent emprunté n'est pas relié directement au placement productif de revenus de façon à rattacher les frais du prêt au revenu tiré¹⁰.

L'emploi indirect de l'argent emprunté ne rend pas cette déduction possible. Dans l'arrêt *Bronfman Trust*, précité, l'argument fondé sur l'emploi indirect des fonds empruntés a été expressément rejeté. Dans cette affaire, les fiduciaires de fonds en fiducie qui avaient appliqué une politique d'investissement plus axée sur les gains en capital que sur les revenus, avaient contracté un prêt pour faire des versements de capital au bénéficiaire plutôt que de vendre des parts dans le fonds en fiducie parce qu'ils estimaient qu'une telle vente, à l'époque, aurait été malavisée sur le plan commercial. Ils ont donc tenté de déduire du revenu du fonds en fiducie les intérêts payés sur le prêt. La Cour suprême du Canada a refusé de déterminer la nature de l'opération en fonction de quelque usage indirect de l'argent emprunté dans le but de gagner des revenus donnant lieu à déduction. Selon le juge en chef Dickson:

... ni la *Loi de l'impôt sur le revenu* ni la jurisprudence n'autorisent les tribunaux à ne pas tenir compte de l'usage direct qu'un contribuable fait d'argent emprunté¹¹.

Au contraire, a-t-il dit:

... le texte de la *Loi exige que les fonds empruntés aient été affectés à une utilisation admissible précise*, car, à l'évidence, le but restreint qu'elle vise est d'encourager les contribuables à améliorer leurs possibilités de produire des revenus. Voilà, selon moi, qui vient empêcher qu'une déduction soit permise à l'égard de l'intérêt payé sur des fonds empruntés qui servent indirectement à conserver des biens productifs de revenu, mais qui ne sont pas utilisés directement «en vue de tirer un revenu ... d'un bien»¹².

Il n'y a en l'espèce aucune affectation des fonds empruntés qui les rattache au revenu produit. Ils ont reçu une utilisation non admissible alors que les fonds personnels ont servi à produire des revenus.

L'intimé prétend que contrairement à ce qui était le cas dans l'affaire *Bronfman Trust*, ses actifs produisaient des revenus de sorte qu'il se

¹⁰ Voir *Emerson (R.I.) c. La Reine*, [1986] 1 C.T.C. 422 (C.A.F.).

¹¹ *Bronfman Trust*, précité, à la p. 48.

¹² *Bronfman Trust*, précité, aux p. 53 et 54. C'est moi qui souligne.

described by Dickson C.J. in *Bronfman Trust*. What Dickson C.J. said is the following:

Even if there are exceptional circumstances in which, on a real appreciation of a taxpayer's transactions, it might be appropriate to allow the taxpayer to deduct interest on funds borrowed for an ineligible use because of an indirect effect on the taxpayer's income-earning capacity, I am satisfied that those circumstances are not presented in the case before us. It seems to me that, at the very least, the taxpayer must satisfy the Court that his or her *bona fide* purpose in using the funds was to earn income. In contrast to what appears to be the case in *Trans-Prairie*, the facts in the present case fall far short of such a showing.¹³

In *Trans-Prairie Pipelines, Ltd. v. M.N.R.*,¹⁴ the appellant company was in the business of constructing and operating a pipeline. At one point in time it needed more capital for expansion. Its original capital, when it started business in 1954, was composed of common shares and preferred shares. It discovered however it was impossible, practically speaking, to float a bond issue unless it first redeemed its preferred shares, because of the sinking fund requirements of its preferred shares. It therefore had no choice but to redeem its preferred shares. To do so, it paid \$700,000 to the holders of the preferred shares. It then borrowed \$700,000 by way of a bond and raised a further \$300,000 by issuing additional common shares. In the course of carrying out these transactions, the preferred shares were redeemed by using the \$300,000 obtained by the new issue of common shares and by taking \$400,000 out of the \$700,000 received on the floating of the bond issue. The question arose as to whether the appellant was entitled to a deduction of the whole or only part of the interest payable on such bonds by virtue of what was then paragraph 11(1)(c) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, a section analogous to subparagraph 20(1)(c)(i) of the Act. Jackett P. (as he then was) was of the opinion that the whole of the \$700,000 was borrowed money used for the purpose of earning income from the appellant's business and not only the \$300,000, as claimed by the Minister, with the result that all the interests borrowed on the bonds were deductible. Jackett P. said that the whole \$700,000 "went to fill the hole

trouvé placé dans les circonstances exceptionnelles décrites par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Bronfman Trust*. Voici ce qu'il a dit:

a Même s'il est des circonstances exceptionnelles dans lesquelles, selon une appréciation réaliste des opérations d'un contribuable, il pourrait convenir, en raison d'un effet indirect sur sa capacité de gagner des revenus, de lui permettre de déduire l'intérêt sur les fonds empruntés pour un usage inadmissible, je suis convaincu que de telles circonstances n'existent pas en l'espèce. Il me semble qu'à tout le moins, le contribuable doit convaincre la Cour que la fin réelle qu'il visait en utilisant les fonds était de gagner un revenu. À l'inverse de ce qui semble être le cas dans l'affaire *Trans-Prairie*, les faits en l'espèce sont loin de faire cette démonstration¹³.

c Dans l'arrêt *Trans-Prairie Pipelines, Ltd. v. M.N.R.*¹⁴, la société appelante avait pour entreprise la construction et l'exploitation d'un pipeline. À un moment donné, elle a eu besoin de fonds en vue d'une expansion. Son capital original, lorsqu'elle s'est lancée en affaires en 1954, se composait d'actions ordinaires et d'actions privilégiées. Elle a cependant constaté qu'il lui était impossible, dans la pratique, d'émettre des obligations sans avoir auparavant racheté ses actions privilégiées en raison des exigences afférentes au fonds d'amortissement attachées à ses actions privilégiées. Il lui fallait donc racheter ces dernières. Pour ce faire, elle a versé 700 000 \$ aux détenteurs des actions privilégiées, puis elle a emprunté 700 000 \$ au moyen d'une émission d'obligations et elle a obtenu 300 000 \$ additionnels en émettant d'autres actions ordinaires. Au cours de ces opérations, la société a racheté ses actions privilégiées en utilisant les 300 000 \$ rapportés par la nouvelle émission d'actions ordinaires et en prenant 400 000 \$ sur les 700 000 \$ tirés de l'émission des obligations. La question s'est posée de savoir si l'appelante avait droit de déduire la totalité ou seulement une partie de l'intérêt payable sur ces obligations en vertu de ce qui était alors l'alinéa 11(1)c) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, chap. 148, une disposition analogue au sous-alinéa 20(1)c)(i) de la Loi. Le président Jackett (tel était alors son titre) s'est montré d'avis que l'intégralité des 700 000 \$ était de l'argent emprunté utilisé en vue de tirer un revenu de l'entreprise de l'appelante, et non pas seulement les

¹³ *Bronfman Trust*, *supra*, at p. 54.

¹⁴ [1970] C.T.C. 537 (Ex. Ct.).

¹³ *Bronfman Trust*, précité, à la p. 54.

¹⁴ [1970] C.T.C. 537 (C. de l'É.).

left by redemption of the \$700,000 preferred shares".¹⁵ Dickson C.J. upheld such reasoning.¹⁶

The taxpayer, in the case at bar, is far from meeting the special circumstances of *Trans-Prairie Pipelines*. What was said by Dickson C.J. in the extract cited above was that "the taxpayer must satisfy the Court that his or her *bona fide* purpose in using the funds was to earn income." The borrowed monies were not used by the taxpayer to earn income from business or property like they were under the business arrangement described in *Trans-Prairie*. They were used to finance the personal residence of the respondent.

I am not called upon to decide what would have been the situation had the respondent used his personal funds to pay off the mortgage, then borrow monies for investment using his home as collateral security. I express some difficulty however with the contention of the respondent that the difference between such an arrangement and the present one would simply be one of form. But in final terms, what was said by Dickson C.J. in *Bronfman Trust*, governs the present case.¹⁷

... the courts must deal with what the taxpayer actually did, and not what he might have done: *Matheson v. The Queen*, 74 D.T.C. 6176 (F.C.T.D.) per Mahoney J., at p. 6179.

The case at bar is not one where the borrowed monies can be traced to a specific eligible use.

The *Sinha* case cited by Dickson C.J.¹⁸ and on which the Trial Judge relied, represents an entirely different factual situation from the case at bar. There, a change occurred from the original purpose of the loan but the use to which the borrowed money was put was an eligible one. The taxpayer in question borrowed money as a Canada Student Loan at an advantageous interest rate. He did not

¹⁵ *Trans-Prairie Pipelines, Ltd. v. M.N.R.*, at p. 541.

¹⁶ *Bronfman Trust*, *supra*, at p. 52.

¹⁷ *Bronfman Trust*, *supra*, at p. 55.

¹⁸ *Bronfman Trust*, *supra*, at p. 47.

300 000 \$ comme le prétendait le ministre, et qu'en conséquence tous les intérêts empruntés sur les obligations étaient déductibles. Le président Jackett a dit que la totalité des 700 000 \$ [TRANSDUCTION] «était destinée à remplir le vide créé par le rachat des actions privilégiées d'une valeur de 700 000 \$.¹⁵» Le juge en chef Dickson a confirmé ce raisonnement¹⁶.

Le contribuable en l'espèce est loin de se trouver dans les circonstances exceptionnelles dont il est question dans l'arrêt *Trans-Prairie Pipelines*. Ce qu'a dit le juge en chef Dickson dans l'arrêt précité, c'est que «le contribuable doit convaincre la Cour que la fin réelle qu'il visait en utilisant les fonds était de gagner un revenu». Les fonds empruntés n'ont pas été utilisés par le contribuable pour tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien comme c'était le cas en vertu de l'arrangement financier décrit dans l'arrêt *Trans-Prairie*. Ils ont servi à payer la résidence personnelle de l'intimé.

Je n'ai pas à décider quelle aurait été la situation si l'intimé avait utilisé ses fonds personnels pour rembourser le prêt hypothécaire, pour ensuite contracter un emprunt à des fins de placement en donnant sa maison en garantie. La prétention de l'intimé voulant que la distinction entre un tel arrangement et celui en l'espèce soit simplement formelle me cause toutefois des problèmes. Mais en dernière analyse, les propos du juge en chef Dickson dans l'arrêt *Bronfman Trust* régissent l'espèce¹⁷:

... les tribunaux doivent tenir compte de ce que le contribuable a réellement fait et non pas de ce qu'il aurait pu faire: *Matheson c. La Reine*, 74 D.T.C. 6176 (C.F.D.P.I.), le juge Mahoney, à la p. 6179.

En l'espèce, les fonds empruntés ne peuvent être rattachés à une utilisation admissible précise.

L'arrêt *Sinha* cité par le juge en chef Dickson¹⁸ et sur lequel s'est appuyé le juge de première instance, traite de faits totalement différents de ceux dont il est question en l'espèce. Dans cette affaire, la destination première du prêt avait été modifiée, mais les fonds empruntés avaient reçu un emploi admissible. Le contribuable en question avait emprunté de l'argent à titre de prêt canadien

¹⁵ *Trans-Prairie Pipelines, Ltd. v. M.N.R.*, à la p. 541.

¹⁶ *Bronfman Trust*, précité, à la p. 52.

¹⁷ *Bronfman Trust*, à la p. 55.

¹⁸ *Bronfman Trust*, à la p. 47.

need the funds so he decided to invest them so as to earn a profit. He deducted the interest expenses. The Minister disallowed the deduction on the ground that the funds, originally borrowed for personal reasons retained that character during the material time. The Tax Review Board held that although the original purpose for which the loan had been made had changed the use of the borrowed money during the year in question was used to earn income and not to further the taxpayer's education. The requirements of subparagraph 20(1)(c)(i) were met since the current use of the borrowed money was an eligible one.¹⁹

I would allow the appeal, set aside the decision of the Trial Judge and restore the reassessments made earlier by the Minister in which he disallowed the amounts claimed by the respondent as interest deductions for the years 1980, 1981 and 1982, and as detailed *supra*.

In accordance with subsection 178(2) of the Act,²⁰ I would order that the respondent be entitled to his costs in the appeal.

¹⁹ Dickson C.J. in the same vein mentioned "*Attaie (SM) v MNR* (1985), 85 DTC 613 (T.C.C.) (presently under appeal)". Cited as it was, this could not be an approval of the decision of the Tax Court. At the most, in context, it can only refer to the uncontested part of the judgment which concerns itself with the period the Attaie's house was used as a rental property.

²⁰ Subsection 178(2) [as am. by S.C. 1976-77, c. 4, s. 64(1); 1980-81-82-83, c. 158, s. 58; 1984, c. 45, s. 75] of the Act, in force when the appeal was filed (5 November 1987) read:

178. ...

(2) Where, on an appeal by the Minister other than by way of cross-appeal, from a decision of the Tax Court of Canada, the amount of

(a) tax, refund or amount payable under subsection 196(2) (in the case of an assessment of the tax or determination of the refund or the amount payable, as the case may be) that is in controversy does not exceed \$10,000, or

(b) loss (in the case of a determination of the loss) that is in controversy does not exceed \$20,000,

the Federal Court, in delivering judgment disposing of the appeal, shall order the Minister to pay all reasonable and proper costs of the taxpayer in connection therewith.

aux étudiants à un taux d'intérêt avantageux. Comme il n'avait pas besoin de la somme empruntée, il a décidé de l'investir pour en tirer un revenu, et il a déduit les frais d'intérêt. Le ministre a rejeté la déduction au motif que les fonds, empruntés à l'origine pour un usage personnel, avaient conservé ce caractère au cours de la période concernée. La Commission de révision de l'impôt a statué que bien que la fin originale du prêt ait été modifiée, la somme empruntée avait servi, au cours de l'année en cause, à tirer un revenu et non à payer les frais de scolarité du contribuable. Les exigences du sous-alinéa 20(1)(c)(i) étaient respectées puisque l'usage courant des fonds empruntés était un usage admissible¹⁹.

J'accueillerais l'appel, j'annulerais la décision du juge de première instance et je rétablirais les nouvelles cotisations établies plus tôt par le ministre dans lesquelles il avait rejeté les montants réclamés par l'intimé à titre de déductions d'intérêt pour les années d'imposition 1980, 1981 et 1982, et comme il est décrit plus haut.

Conformément au paragraphe 178(2) de la Loi²⁰, j'ordonnerais que l'intimé se voit adjuger ses frais dans l'appel.

¹⁹ Dans la même veine, le juge en chef Dickson a mentionné l'arrêt "*Attaie (SM) c MNR* (1985), 85 DTC 613 (C.C.I.) (actuellement porté en appel)." Cité comme il l'a été, il ne pouvait s'agir d'une approbation de la décision de la Cour de l'impôt. Tout au plus dans son contexte, la citation ne peut viser que la partie non contestée du jugement qui traite de la période pendant laquelle la maison de Attaie a été utilisée comme immeuble locatif.

²⁰ Voici le libellé du paragraphe 178(2) [mod. par S.C. 1976-77, chap. 4, art. 64(1); 1980-81-82-83, chap. 158, art. 58; 1984, chap. 45, art. 75] de la Loi en vigueur au moment du dépôt de l'appel (le 5 novembre 1987):

178. ...

(2) Lorsque, sur un appel interjeté par le Ministre, autrement que par voie de contre-appel, d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt, le montant

a) d'impôt, de remboursement ou du montant payable en vertu du paragraphe 196(2) (dans les cas où la cotisation de l'impôt, la détermination du remboursement, ou du montant payable, selon le cas,) qui fait l'objet du litige ne dépasse pas \$10,000 ou

b) de la perte dans le cas d'une détermination de la perte) qui fait l'objet du litige ne dépasse pas \$20,000,

la Cour fédérale, en statuant sur l'appel, doit ordonner que le Ministre paie tous les frais raisonnables et justifiés du contribuable afférents à l'appel.

HEALD J.A.: I agree.

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

STONE J.A.: I agree.

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

A-120-87

A-120-87

Her Majesty the Queen (*Appellant*)

v.

Guaranty Properties Limited and Forest Glenn (Dixie) Limited (*Respondent*)INDEXED AS: *GUARANTY PROPERTIES LTD. v. CANADA (C.A.)*

Court of Appeal, Stone, MacGuigan and Desjardins JJ.A.—Toronto, April 23 and 24; Ottawa, May 16, 1990.

Income tax — Associated companies — Reassessment issued in name of company already amalgamated with other companies valid — Trial Judge erring in interpretation of s. 87 of Act — S. 87 not establishing code on amalgamation — Consequences varying under applicable corporate law — Predecessor corporations not ceasing to exist on amalgamation pursuant to The Business Corporations Act of Ontario — Remaining jointly liable with successor companies for liabilities extant at time of amalgamation.

This was an appeal from the decision of Rouleau J. that an income tax reassessment was invalid as it had been issued in the name of a company which had already amalgamated with other companies under *The Business Corporations Act* of Ontario.

The Trial Judge had interpreted section 87 and particularly paragraph 87(1)(b) of the *Income Tax Act* as requiring that all of a predecessor corporation's liabilities became liabilities of the new corporation upon amalgamation, the former no longer continuing to have liabilities attached to it for income tax purposes.

The appellant argued that section 87 of the Act did not constitute a complete code on amalgamation and that the consequences of amalgamation varied under corporate law. The appellant maintained that under Ontario and federal corporate statutes, amalgamating corporations were not extinguished upon amalgamation and that no new corporation was created.

The respondent argued that, for income tax purposes, the general corporate law was negated by the language of section 87 of the Act.

Held, the appeal should be allowed.

The reassessment was valid. Section 87 did not purport to establish a code on amalgamation. Predecessor corporations in an amalgamation did not cease to exist but remained jointly liable with their successor companies for liabilities they carried at the time of amalgamation. The principal effect of paragraph 87(2)(a) was that, for income tax purposes, the amalgamated corporation is deemed to be a new taxpayer with a fresh taxation year as of the date of amalgamation. Paragraph 87(1)(b) did not necessarily imply a transfer of liabilities upon amalgamation.

Sa Majesté la Reine (*appelante*)

c.

Guaranty Properties Limited et Forest Glenn (Dixie) Limited (*intimée*)RÉPERTORIÉ: *GUARANTY PROPERTIES LTD. c. CANADA (C.A.)*

b Cour d'appel, juges Stone, MacGuigan et Desjardins, J.C.A.—Toronto, 23 et 24 avril; Ottawa, 16 mai 1990.

Impôt sur le revenu — Compagnies associées — La nouvelle cotisation établie au nom d'une société ayant fusionné avec d'autres sociétés est valide — Le juge de première instance a commis une erreur dans son analyse de l'art. 87 de la Loi — Cet article n'établit pas un code applicable aux cas de fusion — Les conséquences d'une fusion varient en fonction du droit des sociétés applicable — Aux termes de la Business Corporations Act de l'Ontario, les sociétés remplacées ne cessent pas d'exister au moment de la fusion — Elles demeurent conjointement responsables avec la société née de la fusion des engagements qui étaient les leurs au moment de la fusion.

Il s'agit d'un appel de la décision du juge Rouleau qui a déclaré invalide une nouvelle cotisation fiscale au motif qu'elle avait été établie au nom d'une société qui avait fusionné avec d'autres sociétés sous le régime de la *Business Corporations Act* de l'Ontario.

Le juge de première instance a analysé les dispositions de l'article 87 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, en particulier celles de l'alinéa 87(1)(b), et a conclu que tous les engagements d'une société remplacée existant immédiatement avant la fusion deviennent des engagements de la nouvelle société et que la première n'a plus d'engagements aux fins de l'impôt sur le revenu.

L'appelante a soutenu que l'article 87 de la Loi ne constituait pas un code complet applicable aux cas de fusion et que les conséquences d'une fusion variaient en fonction du droit des sociétés. Elle a affirmé que lorsqu'une fusion était effectuée aux termes de la loi fédérale ou de la loi ontarienne, les sociétés remplacées ne cessaient pas d'exister et aucune entité nouvelle n'était créée.

L'intimée a soutenu qu'aux fins de l'impôt sur le revenu, le libellé de l'article 87 de la Loi allait à l'encontre de ce principe général du droit des sociétés.

Arrêt: l'appel devrait être accueilli.

La nouvelle cotisation était valide. L'article 87 n'a pas pour objet d'établir un code applicable aux cas de fusion. Les sociétés remplacées dans le cadre d'une fusion ne cessent pas d'exister, mais demeurent conjointement responsables avec la société née de la fusion des engagements qui étaient les leurs au moment de la fusion. La principale répercussion de l'alinéa 87(2)(a) est qu'aux fins de l'impôt sur le revenu, la société née de la fusion est réputée être un nouveau contribuable dont l'année d'imposition commence à la date de la fusion. L'alinéa 87(1)(b) ne signifie pas nécessairement que les engagements sont transférés au moment de la fusion.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canada Business Corporations Act*, S.C. 1974-75-76, c. 33.
- Canada Corporations Act*, R.S.C. 1970, c. C-32, s. 137. **a**
- Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, s. 851(2)(a) (as am. by S.C. 1958, c. 32, s. 35).
- Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 87(1) (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 51; 1979, c. 5 s. 28), 87(2)(a),(w) (as am. by S.C. 1977-78, c. 1, s. 42(3)), (jj) (as am. by S.C. 1979, c. 5, s. 28(2)). **b**
- The Business Corporations Act*, R.S.O. 1970, c. 53, s. 197(4) (as am. by S.O. 1979, c. 36, s. 16).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

- Witco Chemical Co. v. Town of Oakville et al.*, [1975] 1 S.C.R. 273; (1974), 43 D.L.R. (3d) 413; 1 N.R. 453; *R. v. Black & Decker Manufacturing Co. Ltd.*, [1975] 1 S.C.R. 411; (1974), 43 D.L.R. (3d) 393; 15 C.C.C. (2d) 193; 13 C.P.R. (2d) 97; 1 N.R. 299; revg *Re Black and Decker Manufacturing Co. Ltd. and The Queen*, [1973] 2 O.R. 460; (1973), 34 D.L.R. (3d) 308; 11 C.C.C. (2d) 470; 10 C.P.R. (2d) 154 (Ont. C.A.). **d**

CONSIDERED:

- Stanward Corp. v. Denison Mines Ltd.*, [1966] 2 O.R. 585; (1966), 57 D.L.R. (2d) 674 (Ont. C.A.); *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; *Scott v. M.N.R.* (1966), 66 DTC 306 (T.A.B.). **f**

REFERRED TO:

- Fawcett & Grant Ltd. v. M.N.R.* (1965), 65 DTC 313 (T.A.B.); *Guaranty Properties Ltd. v. Canada*, [1987] 2 F.C. 292; [1987] 1 C.T.C. 242; (1987), 87 DTC 5124; 9 F.T.R. 17 (T.D.); *Palmer-McLellan (United) Ltd. v. M.N.R.* (1967), 67 DTC 323 (T.A.B.); *Palmer-McLellan (United) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1969] 1 Ex.C.R. 107; [1968] C.T.C. 448; (1968), 68 DTC 5304. **h**

COUNSEL:

- J. S. Gill, Q.C.* and *S. Patricia Lee* for appellant. **i**
- John P. G. Bell* and *J. Paul R. Howard* for respondent.

SOLICITORS:

- Deputy Attorney General of Canada* for appellant. **j**

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, chap. 148, art. 851(2)a) (mod. par S.C. 1958, chap. 32, art. 35).
- Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 87(1) (mod. par S.C. 1974-75-76, chap. 26, art. 51; 1979, chap. 5, art. 28), 87(2)a),w) (mod. par S.C. 1977-78, chap. 1, art. 42(3)), jj) (mod. par S.C. 1979, chap. 5, art. 28(2)).
- Loi sur les corporations canadiennes*, S.R.C. 1970, chap. C-32, art. 137.
- Loi sur les sociétés commerciales canadiennes*, S.C. 1974-75-76, chap. 33 (mod. par S.C. 1978-79, chap. 9).
- The Business Corporations Act*, R.S.O. 1970, chap. 53, art. 197(4) (mod. par S.O. 1979, chap. 36, art. 16).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Witco Chemical Co. c. Ville d'Oakville et autres*, [1975] 1 R.C.S. 273; (1974), 43 D.L.R. (3d) 413; 1 N.R. 453; *R. c. Black & Decker Manufacturing Co. Ltd.*, [1975] 1 R.C.S. 411; (1974), 43 D.L.R. (3d) 393; 15 C.C.C. (2d) 193; 13 C.P.R. (2d) 97; 1 N.R. 299; infirmant *Re Black and Decker Manufacturing Co. Ltd. and The Queen*, [1973] 2 O.R. 460; (1973), 34 D.L.R. (3d) 308; 11 C.C.C. (2d) 470; 10 C.P.R. (2d) 154 (C.A. Ont.). **e**

DÉCISIONS EXAMINÉES:

- Stanward Corp. v. Denison Mines Ltd.*, [1966] 2 O.R. 585; (1966), 57 D.L.R. (2d) 674 (C.A. Ont.); *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; *Scott v. M.N.R.* (1966), 66 DTC 306 (C.A.I.).

DÉCISIONS CITÉES:

- Fawcett & Grant Ltd. v. M.N.R.* (1965), 65 DTC 313 (C.A.I.); *Guaranty Properties Ltd. c. Canada*, [1987] 2 C.F. 292; [1987] 1 C.T.C. 242; (1987), 87 DTC 5124; 9 F.T.R. 17 (1^{re} inst.); *Palmer-McLellan (United) Ltd. v. M.N.R.* (1967), 67 DTC 323 (C.A.I.); *Palmer-McLellan (United) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1969] 1 R.C.É. 107; [1968] C.T.C. 448; (1968), 68 DTC 5304.

AVOCATS:

- J. S. Gill, c.r.* et *S. Patricia Lee* pour l'appelante.
- John P. G. Bell* et *J. Paul R. Howard* pour l'intimée.

PROCUREURS:

- Le sous-procureur général du Canada* pour l'appelante.

Shibley, Righton & McCutcheon, Toronto,
for respondent.

Shibley, Righton & McCutcheon, Toronto,
pour l'intimée.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MACGUIGAN J.A.: The neat question in this case is whether an income tax reassessment is invalid because it is issued in the name of a company which has already amalgamated with other companies to form a new corporation.

The Trial Judge in this case so held, on February 11, 1987 [[1987] 2 F.C. 292 (T.D.)], and the Minister of National Revenue ("the Minister"), unable to issue a corrected reassessment because the four-year statutory limitation period expired before he became aware of the problem, has appealed to this Court on two grounds: (1) that the notice of reassessment was valid in law; (2) that, in the alternative, it was amendable since the respondent was in no way prejudiced by the error.

The skeleton facts, taken from the agreed statement of facts (Appeal Book, Vol. I, at pages 23-25) are as follows: (1) Forest Glenn (Dixie) Limited (called "Dixie" by the parties) was incorporated in 1963; (2) for the taxation year in question, the 1976 taxation year, the Minister sent a notice of assessment in 1977; (3) on May 31, 1978, Dixie and several other companies amalgamated pursuant to the laws of the Province of Alberta to form Forest Glenn (Dixie) Limited (called "Forest Glenn" by the parties to distinguish it from the identically named Dixie); (4) on November 28, 1980, there was a second amalgamation, this time between Forest Glenn and three other companies and pursuant to the laws of Ontario, to form Guaranty Properties Limited ("Guaranty Properties"); (5) the Ontario Ministry of Consumer and Commercial Relations sent a copy of the articles of amalgamation to the Minister the same day, and all subsequent tax returns filed by both Forest Glenn and Guaranty Properties clearly referred to the amalgamation, but somehow the fact that a second amalgamation had taken place never became known to the Minister's officials dealing with Dixie's 1976 tax return; consequently (6) the Minister's notice of reassessment of June 23, 1981, following his reassessment of tax payable for Dixie's 1976 tax year, and his

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

LE JUGE MACGUIGAN, J.C.A.: La question à résoudre en l'espèce est celle de savoir si la nouvelle cotisation établie au nom d'une société ayant fusionné avec d'autres sociétés pour former une nouvelle entité est nulle.

Le juge de première instance a rendu une décision en ce sens le 11 février 1987 [[1987] 2 C.F. 292 (1^{re} inst.)] et le ministre du Revenu national («le ministre»), n'ayant pu modifier la nouvelle cotisation parce que le délai de quatre ans prévu dans la loi avait expiré avant qu'il ne soit mis au courant du problème, a interjeté appel devant cette Cour pour les deux motifs suivants: (1) l'avis de nouvelle cotisation était valable en droit, et (2) subsidiairement, il était modifiable parce que l'erreur ne causait aucun préjudice à l'intimé.

Les principaux faits, tirés de l'exposé conjoint des faits (Dossier d'appel, Vol. I, aux pages 23 à 25), sont les suivants: (1) la société Forest Glenn (Dixie) Limited (appelée «Dixie» par les parties) a été constituée en société en 1963; (2) le ministre a envoyé, en 1977, un avis de cotisation pour l'année d'imposition en litige, soit l'année 1976; (3) le 31 mai 1978, Dixie et plusieurs autres sociétés ont fusionné conformément aux lois de la province de l'Alberta pour former la société Forest Glenn (Dixie) Limited (appelée «Forest Glenn» par les parties afin de la distinguer de son homonyme Dixie); (4) le 28 novembre 1980, une deuxième fusion a eu lieu, cette fois-ci entre Forest Glenn et trois autres sociétés conformément aux lois de l'Ontario, pour former la société Guaranty Properties Limited («Guaranty Properties»); (5) le ministre de la Consommation et des Relations commerciales de l'Ontario a fait parvenir au ministre copie des statuts de fusion le même jour, et toutes les déclarations d'impôt subséquentes de Forest Glenn et de Guaranty Properties ont clairement fait état de la fusion mais, pour une raison ou pour une autre, les fonctionnaires du ministre qui ont traité la déclaration d'impôt de Dixie pour l'année 1976 n'ont jamais appris l'existence de la deuxième fusion; par conséquent (6) l'avis de nouvelle cotisation du ministre en date du 23 juin 1981, qui

notice of confirmation of that reassessment on February 25, 1982, were both directed to Forest Glenn, in complete ignorance of the second amalgamation. No similar problem arose concerning Dixie's 1977 and (shortened) 1978 tax returns only because the Minister was fully informed in time to send reassessments for those years to Guaranty Properties within the limitation period.

The relevant law is contained principally in subsection 87(1) [as am. by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 51; 1979, c. 5, s. 28] and paragraph 87(2)(a) of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63 ("the Act"):

87. (1) In this section, an amalgamation means a merger of two or more corporations each of which was, immediately before the merger, a taxable Canadian corporation (each of which corporations is referred to in this section as a "predecessor corporation") to form one corporate entity (in this section referred to as the "new corporation") in such manner that

(a) all of the property (except amounts receivable from any predecessor corporation or shares of the capital stock of any predecessor corporation) of the predecessor corporations immediately before the merger becomes property of the new corporation by virtue of the merger,

(b) all of the liabilities (except amounts payable to any predecessor corporation) of the predecessor corporations immediately before the merger become liabilities of the new corporation by virtue of the merger, and

(c) all the shareholders (except any predecessor corporation) of the predecessor corporations immediately before the merger receive shares of the capital stock of the new corporation by virtue of the merger,

otherwise than as a result of the acquisition of property of one corporation by another corporation, pursuant to the purchase of such property by the other corporation or as a result of the distribution of such property to the other corporation upon the winding-up of the corporation.

(2) Where there has been an amalgamation of two or more corporations after 1971 the following rules apply:

(a) for the purposes of this Act, the corporate entity formed as a result of the amalgamation shall be deemed to be a new corporation the first taxation year of which shall be deemed to have commenced at the time of the amalgamation, and a taxation year of a predecessor corporation that would otherwise have ended after the amalgamation shall be deemed to have ended immediately before the amalgamation;

The analysis and conclusion of the learned Trial Judge was as follows (at pages 303-305):

faisait suite à l'établissement de la nouvelle cotisation de l'impôt à payer par Dixie pour l'année d'imposition 1976, ainsi que l'avis de ratification de cette nouvelle cotisation daté du 25 février 1982, ont été envoyés à Forest Glenn puisque l'on ignorait tout de la deuxième fusion. Si la situation ne s'est pas répétée pour les déclarations d'impôt de Dixie concernant les années d'imposition 1977 et 1978 (année abrégée), c'est uniquement parce que le ministre a appris en temps opportun qu'il fallait envoyer ces nouvelles cotisations à Guaranty Properties dans le délai prescrit.

Les dispositions législatives pertinentes figurent au paragraphe 87(1) [mod. par S.C. 1974-75-76, chap. 26, art. 51; 1979, chap. 5, art. 28] et à l'alinéa 87(2)a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, chap. 63 («la Loi»):

87. (1) Dans le présent article, fusion signifie l'unification de deux ou plusieurs corporations dont chacune était, immédiatement avant l'unification, une corporation canadienne imposable (chacune de ces corporations étant appelée dans le présent article une «corporation remplacée») destinée à former une entité constituée (appelée dans le présent article la «nouvelle corporation») de façon que

a) tous les biens (à l'exception des sommes à recevoir d'une corporation remplacée ou des actions du capital-actions d'une corporation remplacée) appartenant aux corporations remplacées immédiatement avant l'unification deviennent des biens de la nouvelle corporation en vertu de l'unification,

b) tous les engagements (à l'exception des sommes payables à une corporation remplacée) des corporations remplacées, existant immédiatement avant l'unification, deviennent des engagements de la nouvelle corporation en vertu de l'unification, et

c) tous les actionnaires (à l'exception de toute corporation remplacée) des corporations remplacées, existant immédiatement avant l'unification, reçoivent des actions de la nouvelle corporation en vertu de l'unification,

autrement qu'à la suite de l'acquisition de biens d'une corporation par une autre corporation, de l'achat de ces biens par l'autre corporation ou de l'attribution de ces biens à l'autre corporation lors de la liquidation de la corporation.

(2) Lorsqu'il y a eu fusion de deux ou plusieurs corporations après 1971, les règles suivantes s'appliquent:

a) aux fins de la présente loi, l'entité constituée née de la fusion est réputée être une nouvelle corporation dont la première année d'imposition est réputée avoir commencé à la date de la fusion et l'année d'imposition d'une corporation remplacée, qui se serait autrement terminée après la fusion, est réputée s'être terminée immédiatement avant la fusion;

L'analyse et la conclusion du juge de première instance sont les suivantes (aux pages 303 à 305):

The purpose of section 87 of the *Income Tax Act* is to provide the applicable rules where two or more Canadian corporations are amalgamated. From an income tax aspect, the complete code on amalgamations is to be found in section 87 of the Act. The general scheme of the section is to treat the amalgamated corporation as a continuation of the predecessor corporations standing in their place with respect to assets, liabilities, surpluses and other tax oriented accounts. However, the amalgamated corporation is, for most purposes of the Act, a new corporation, although in certain limited cases the amalgamated corporation is deemed to be the continuation of a predecessor corporation.

Subsection 87(1) [as am. by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 51(1); 1979, c. 5, s. 28(1)] defines an amalgamation for the purposes of the *Income Tax Act*. It is essentially a corporate transaction and each of the provincial companies acts and the federal corporation legislation provide for statutory amalgamations. Although the definition of amalgamation for income tax purposes would cover most statutory amalgamations, it should be remembered that this definition is independent of the federal and provincial corporate statutes. Subsection 87(1) defines amalgamation as follows

Counsel for both parties have made submissions that the Court make a finding that Forest Glenn either ceased to exist or did not cease to exist at the time of the second amalgamation on November 28, 1980. I have carefully considered the arguments and submissions of both parties and I am of the opinion that the question of whether predecessor corporations cease to exist upon amalgamation for the purposes of the *Income Tax Act* is not determinative of the issue at hand.

The key factor here is the treatment afforded by the *Income Tax Act* to the liabilities of predecessor corporations. The subsection 87(1) definition of amalgamation as quoted above, and in particular paragraph (b), requires that all of a predecessor corporation's liabilities immediately before the amalgamation become liabilities of the new corporation. In other words, whether or not the predecessor corporation continues to exist, it is plain and obvious that it no longer continues to have liabilities attached to it, at least for income tax purposes. In order for a transaction to qualify as an amalgamation under subsection 87(1) therefore, the amalgamated corporation must assume all liabilities of the predecessor corporation.

Accordingly, prior to the amalgamation on November 28, 1980 there is no question that it was Forest Glenn who was liable for the reassessment of Dixie's 1976 taxation year. Forest Glenn had assumed that liability at the time of the first amalgamation on May 31, 1978. Thereafter, Dixie had no liabilities for income tax purposes. Similarly, at the time of the second amalgamation on November 28, 1980 Guaranty Properties assumed all of Forest Glenn's liabilities, including the reassessment for Dixie's 1976 taxation year. It matters not whether Forest Glenn ceased to exist as a legal entity or whether it didn't. The point is that the amalgamation, which fell within the definition of amalgamation in subsection 87(1) of the Act, meant that pursuant to paragraph 87(1)(b) all of the liabilities of the predecessor corporation, Forest Glenn, immediately before the merger became liabilities of the new

L'article 87 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* vise à énoncer les règles applicables lorsqu'il y a fusion de deux ou plusieurs corporations canadiennes. En matière d'impôt sur le revenu, l'article 87 de la Loi constitue un code complet applicable aux cas de fusion. Cet article tend généralement à traiter la corporation née de la fusion comme la continuation des corporations remplacées pour ce qui est des avoirs, des responsabilités, des surplus et des autres comptes visant des fins fiscales. Toutefois, la corporation issue de la fusion est, pour la plupart des fins visées par la Loi, une nouvelle corporation, bien que, dans certains cas limités, la corporation issue de la fusion soit réputée être la continuation d'une corporation remplacée.

Le paragraphe 87(1) [mod. par S.C. 1974-75-76, chap. 26, art. 51(1); 1979, chap. 5, art. 28(1)] définit la fusion aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Il s'agit essentiellement d'une opération de société et chacune des lois des compagnies provinciales ainsi que la législation fédérale sur les corporations prévoient les fusions. Bien que la définition de fusion pour les fins de l'impôt sur le revenu englobe la plupart des fusions prévues par législation, il faut se rappeler que cette définition ne se trouve pas dans les lois fédérales et provinciales sur les corporations. Le paragraphe 87(1) définit les fusions comme suit:

Les avocats des deux parties demandent à la Cour de conclure que Forest Glenn ou bien a cessé d'exister ou bien n'a pas cessé d'exister au moment de la seconde fusion qui a eu lieu le 28 novembre 1980. Ayant examiné soigneusement les arguments et les observations des deux parties, j'estime que la question de savoir si, par suite d'une fusion les corporations remplacées cessent d'exister aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne constitue pas le point litigieux en l'espèce.

Le facteur clé en l'espèce réside dans le traitement réservé par la *Loi de l'impôt sur le revenu* aux engagements des corporations remplacées. La définition de la fusion susmentionnée donnée par le paragraphe 87(1), et en particulier l'alinéa b), exige que tous les engagements d'une corporation remplacée existant immédiatement avant l'unification deviennent des engagements de la nouvelle corporation. Autrement dit, que la corporation remplacée continue d'exister ou non, il est évident qu'elle n'a plus d'engagements, du moins aux fins de l'impôt sur le revenu. Donc, pour qu'une opération ait le caractère d'une fusion au sens du paragraphe 87(1), la corporation née de la fusion doit assumer tous les engagements de la corporation remplacée.

En conséquence, antérieurement à la fusion du 28 novembre 1980, il ne fait pas de doute que c'est Forest Glenn qui était responsable de la nouvelle cotisation de Dixie pour l'année d'imposition 1976. Forest Glenn avait assumé cette responsabilité au moment de la première fusion qui a eu lieu le 31 mai 1978. Par la suite, Dixie n'avait plus d'engagements aux fins de l'impôt sur le revenu. De même, au moment de la deuxième fusion qui a eu lieu le 28 novembre 1980, Guaranty Properties avait assumé tous les engagements de Forest Glenn, dont la nouvelle cotisation de Dixie pour l'année d'imposition 1976. Il importe peu de savoir si Forest a cessé ou n'a pas cessé d'exister en tant qu'entité juridique. En réalité, la fusion, qui répondait à la définition de la fusion donnée par le paragraphe 87(1) de la Loi, a fait que, comme le prévoit l'alinéa 87(1)b), tous les engagements de la corporation remplacée, Forest Glenn, exis-

corporation, Guaranty Properties, by virtue of the merger. Therefore, after November 28, 1980 liability could no longer be affixed to Forest Glenn for the reassessment of Dixie's 1976 taxation year. That is, in my opinion, the legislative scheme contained within the *Income Tax Act* as it pertains to amalgamations.

Accordingly, I agree with the plaintiffs that the only party who could be reassessed for Dixie's 1976 taxation year after November 28, 1980 was Guaranty Properties.

The appellant argued that the Trial Judge erred in concluding that section 87 of the Act constitutes a complete code on amalgamations and urged that that section had to be seen in the context of the general corporate law on amalgamation.

It was said that under corporate law the consequences of amalgamation vary, depending upon the applicable jurisdiction. Under the corporate statutes of provinces like Quebec and Manitoba, amalgamating corporations cease to exist upon amalgamation and a new entity is created in the form of the amalgamated corporation, which is separate and distinct from the amalgamating corporations: *Fawcett & Grant Ltd. v. M.N.R.* (1965), 65 DTC 313 (T.A.B.). However, the result of amalgamation effected under the *Canada Business Corporations Act* [S.C. 1974-75-76, c. 33] or *The Business Corporations Act* [R.S.O. 1970, c. 53] of Ontario was said to be that no "new" corporation is created nor are the amalgamating corporations extinguished. The authorities cited for this proposition were two cases decided by the Supreme Court of Canada on the same day, *Witco Chemical Co. v. Town of Oakville et al.*, [1975] 1 S.C.R. 273; and *R. v. Black & Decker Manufacturing Co. Ltd.*, [1975] 1 S.C.R. 411.

In *Black & Decker* an amalgamation had taken place under the *Canada Corporations Act*, R.S.C. 1970, c. C-32, section 137 of which read in part as follows:

137. (1) Any two or more companies to which this Part applies may amalgamate and continue as one company.

(13) Upon the issue of letters patent pursuant to subsection (11), the amalgamation agreement has full force and effect and

(a) the amalgamating companies are amalgamated and are continued as one company (in this section called the "amalgamated company") under the name and having the author-

tant immédiatement avant l'unification sont devenus des engagements de la nouvelle corporation, Guaranty Properties, en vertu de l'unification. Donc, après le 28 novembre 1980, on ne saurait imputer à Forest Glenn la responsabilité de la nouvelle cotisation de Dixie pour l'année d'imposition 1976. À mon avis, c'est ce que vise la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour ce qui est des fusions.

En conséquence, je conviens avec les demandresses que la seule partie qui puisse faire l'objet d'une nouvelle cotisation pour l'année d'imposition 1976 de Dixie après le 28 novembre 1980 était Guaranty Properties.

L'appelante a prétendu que le juge de première instance a commis une erreur en concluant que l'article 87 de la Loi constituait un code complet applicable aux cas de fusion et a soutenu qu'il fallait interpréter cet article dans le contexte du droit des sociétés général relatif aux fusions.

Il a été dit qu'en matière de droit des sociétés, les conséquences d'une fusion varient en fonction du ressort où elles ont lieu. Dans des provinces comme le Québec et le Manitoba, les sociétés remplacées cessent d'exister au moment de la fusion et la nouvelle entité qui naît de la fusion est distincte des sociétés ainsi remplacées: *Fawcett & Grant Ltd. v. M.N.R.* (1965), 65 DTC 313 (C.A.I.). Toutefois, lorsque la fusion est effectuée aux termes de la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes* [S.C. 1974-75-76, chap. 33 (mod. par S.C. 1978-79, chap. 9)] ou de la *Business Corporations Act* de l'Ontario [R.S.O. 1970, chap. 53], il semblerait qu'aucune entité «nouvelle» ne soit créée et que les sociétés remplacées ne cessent pas d'exister. Deux décisions de la Cour suprême du Canada rendues le même jour ont été citées à l'appui de cet argument: *Witco Chemical Co. c. Ville d'Oakville et autres*, [1975] 1 R.C.S. 273; et *R. c. Black & Decker Manufacturing Co. Ltd.*, [1975] 1 R.C.S. 411.

Dans l'arrêt *Black & Decker*, il s'agissait d'une fusion en vertu de l'article 137 de la *Loi sur les corporations canadiennes*, S.R.C. 1970, chap. C-32, qui prévoit en partie que:

137. (1) Deux ou plus de deux compagnies, auxquelles s'applique la présente Partie, peuvent fusionner et continuer comme une seule et même compagnie.

(13) Dès l'émission de lettres patentes prévue par le paragraphe (11), la convention de fusion a pleine vigueur et effet et

a) les compagnies constituantes sont fusionnées et poursuivent leur activité comme une seule et même compagnie (au présent article appelée «compagnie née de la fusion»), sous le

ized capital and objects specified in the amalgamation agreement; and

(b) the amalgamated company possesses all the property, rights, assets, privileges and franchises, and is subject to all the contracts, liabilities, debts and obligations of each of the amalgamating companies.

(14) All rights of creditors against the property, rights, assets, privileges and franchises of a company amalgamated under this section and all liens upon its property, rights, assets, privileges and franchises are unimpaired by the amalgamation, and all debts, contracts, liabilities and duties of the company thenceforth attach to the amalgamated company and may be enforced against it.

The Supreme Court, reversing the Ontario Court of Appeal [[1973] 2 O.R. 460], explained that section this way (*per* Dickson J., as he then was, at 416-418):

[I]t would seem that the Court [of Appeal] accepted, as a first step, the proposition that the "new" company, *i.e.* the amalgamated company, is a different, separate and distinct company from the "old" companies, *i.e.* the amalgamating companies. Whether an amalgamation creates or extinguishes a corporate entity will, of course, depend upon the terms of the applicable statute, but as I read the Act, in particular s. 137, and consider the purposes which an amalgamation is intended to serve, it would appear to me that upon an amalgamation under the *Canada Corporations Act* no "new" company is created and no "old" company is extinguished. The *Canada Corporations Act* does not in terms so state and the following considerations in my view serve to negate any such inference: (i) palpably the controlling word in s. 137 is "continue". That word means "to remain in existence or in its present condition" — *Shorter Oxford English Dictionary*. The companies "are amalgamated and are continued as one company" which is the very antithesis of the notion that the amalgamating companies are extinguished or that they continue in a truncated state; (ii) the statement in s. 137(13)(b) that the "amalgamated company possesses all the property, rights . . ." If corporate birth or death were envisaged, one would have expected to find, in the statute, some provision for transfer or conveyance or transmission of assets and not simply the word "possesses", a word which re-enforces the concept of continuance . . . (vi) if Parliament had intended that a company by the simple expedient of amalgamating with another company could free itself of accountability for acts in contravention of the *Criminal Code* or the *Combines Investigation Act* or the *Income Tax Act*, I cannot but think that other and clearer language than that now found in the *Canada Corporations Act* would be necessary.

In reversing the Ontario Court, the Supreme Court adopted the view expressed by Kelly J.A. of the same Court in *Stanward Corp. v. Denison*

nom, avec le capital autorisé et en vue des objets que fixe la convention de fusion; et

b) la compagnie née de la fusion possède tous les biens, actifs, prérogatives et concessions de chacune des compagnies constituantes, et elle est assujettie à tous les contrats et engagements, et est liée par toutes les dettes et obligations, de chacune d'entre elles.

(14) Les droits des créanciers à l'encontre des biens, des droits, des actifs, des prérogatives et des concessions d'une compagnie née d'une fusion sous le régime du présent article et les privilèges sur les biens, les droits, les actifs, les prérogatives et les concessions ne sont nullement atteints par la fusion; les dettes, les contrats, les passifs et les fonctions de la compagnie deviennent tous, dès lors, ceux de la compagnie née de la fusion et peuvent être exécutés contre elle.

Dans cette affaire, la Cour suprême a infirmé la décision de la Cour d'appel de l'Ontario [[1973] 2 O.R. 460] et a expliqué cet article de la façon suivante (le juge Dickson, alors juge puîné, aux pages 416 à 418):

[I] semble que la Cour ait accepté, comme première prémisse, la proposition que la «nouvelle» compagnie, c'est-à-dire la compagnie née de la fusion, est une entité différente, séparée et distincte des «anciennes» compagnies, c'est-à-dire les compagnies constituantes. La question de savoir si la fusion crée ou fait disparaître une entité constituée en corporation dépend évidemment des termes de la loi applicable mais à la lecture de la Loi, en particulier de l'art. 137, et considérant les fins qu'une fusion est supposée atteindre, il me semble qu'à la suite d'une fusion réalisée en vertu de la *Loi sur les corporations canadiennes* aucune «nouvelle» compagnie n'est créée et aucune «ancienne» compagnie ne disparaît. La *Loi sur les corporations canadiennes* n'énonce rien de semblable et les considérations suivantes me semblent à mon avis nier une telle conclusion: (i) le mot clé de l'art. 137 est manifestement le mot «continuer» (*continue*). Ce terme signifie [TRADUCTION] «subsister ou rester dans son état actuel» — *Shorter Oxford English Dictionary*. Les compagnies «sont fusionnées et poursuivent leur activité (*continue*) comme une seule et même compagnie», ce qui est tout à fait le contraire de la notion de disparition des compagnies constituantes ou de leur continuation sous une forme tronquée; (ii) l'énoncé, à l'art. 137, par. (13), al. b), d'après lequel la «compagnie née de la fusion possède tous les biens, . . .» Si la naissance ou la disparition d'une corporation avait été envisagée, on aurait pu s'attendre à trouver, dans la loi, quelques dispositions sur le transfert ou la cession ou la transmission des actifs et non simplement le mot «possède», lequel renforce le concept de continuité; . . . (vi) si le Parlement avait voulu dire qu'une compagnie, par le simple fait de fusionner avec une autre compagnie, peut se libérer de l'obligation de rendre compte d'actes faits en contravention du *Code criminel* ou de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* ou de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, je ne puis que penser qu'un autre énoncé, plus clair que celui que nous trouvons actuellement dans la *Loi sur les corporations canadiennes*, serait nécessaire.

En infirmant la décision de la Cour d'appel, la Cour suprême a souscrit à l'opinion exprimée par le juge d'appel Kelly de la même Cour dans l'arrêt

Mines Ltd., [1966] 2 O.R. 585 (C.A.), at page 592:

What we have here is an amalgamated company into which, simultaneously, two amalgamating companies have fused along with their assets and liabilities. Under this fusion, and by virtue of its statutory implementation, it may be said, broadly, that the amalgamated company acquired the assets and assumed the liabilities of the two component companies;

The language of s. 96 is in my opinion unambiguous in providing that the two amalgamating companies shall continue as one company. While it may be difficult to comprehend the exact metamorphosis which takes place, it is within the Legislature's competence to provide that what were hitherto two shall continue as one.

In analyzing the different ways in which companies are put together, Dickson J. stated (at page 421):

[I]n an amalgamation a different result is sought and different legal mechanics are adopted, usually for the express purpose of ensuring the continued existence of the constituent companies. The motivating factor may be the *Income Tax Act* or difficulties likely to arise in conveying assets if the merger were by asset or share purchase. But whatever the motive, the end result is to coalesce to create a homogeneous whole. The analogies of a river formed by the confluence of two streams, or the creation of a single rope through the intertwining of strands have been suggested by others.

He then concluded (at page 422):

The effect of the statute, on a proper construction, is to have the amalgamating companies continue without subtraction in the amalgamated company, with all their strengths and their weaknesses, their perfections and imperfections, and their sins, if sinners they be. Letters patent of amalgamation do not give absolution.

It was this notion, that "amalgamating companies continue without subtraction in the amalgamated company," (which was also applied by the Supreme Court to *The Business Corporations Act* of Ontario, R.S.O. 1970, c. 53 in *obiter* in *Witco*), that became the principle of the appellant's case.

The respondent (correctly, in my view) did not dispute that the appellant was right "from a strict corporate law point of view," but contended this general corporate law was negated by the language of section 87 of the *Income Tax Act*. As support for this contention, the respondent drew the Court's attention to the Interpretation Bulletin

Stanward Corp. v. Denison Mines Ltd., [1966] 2 O.R. 585 (C.A.), à la page 592:

[TRADUCTION] Nous sommes ici en présence d'une compagnie née d'une fusion dans laquelle, simultanément, deux compagnies constituantes ont fusionné, apportant leurs actifs et leurs passifs. Aux termes de cette fusion et de par sa mise à exécution statutaire, on peut dire, de façon générale, que la compagnie née de la fusion a acquis les actifs et assumé les passifs des deux compagnies composantes;

L'art. 96 dit, très clairement, à mon avis, que les deux compagnies constituantes continuent d'exister comme une seule et même compagnie. Bien qu'il soit difficile de saisir avec exactitude en quoi consiste la métamorphose qui intervient, il est de la compétence de la législature de prévoir que deux choses jusqu'alors distinctes continueront à l'avenir comme une seule entité.

Dans son analyse des différentes façons dont les sociétés peuvent se regrouper, le juge Dickson a dit, à la page 421:

[D]ans une fusion on recherche un résultat différent et on adopte des mécanismes juridiques différents, généralement dans le but exprès d'assurer la continuité d'existence des compagnies constituantes. Le facteur qui motive cette recherche peut être la *Loi de l'impôt sur le revenu* ou des difficultés pouvant survenir lors de transferts d'actifs si l'absorption se faisait par l'achat de biens ou d'actions. Mais quel que soit le motif, le résultat final est de se coaliser de manière à créer un tout homogène. Certains ont proposé des analogies avec la rivière qui part du confluent de deux cours d'eau, ou avec le cordage unique que forme l'entrelacement des différents torons.

Il a ensuite conclu, à la page 422:

Bien interprétée, la loi a pour effet de permettre aux compagnies constituantes de subsister dans leur intégralité au sein de la compagnie née de la fusion, avec toutes leurs forces et leurs faiblesses, leurs qualités et leurs défauts ainsi que leurs péchés, lorsqu'elles sont pécheresses. Les lettres patentes de fusion ne donnent pas l'absolution.

C'est cette notion de «compagnies constituantes [qui subsistent] dans leur intégralité au sein de la compagnie née de la fusion» (que la Cour suprême du Canada a également appliquée à la *Business Corporations Act* de l'Ontario, R.S.O. 1970, chap. 53, dans une opinion incidente exprimée dans l'arrêt *Witco*) qui est devenue l'assise des arguments de l'appelante.

L'intimée n'a pas nié (à bon droit, selon moi) que l'appelante avait raison [TRADUCTION] «du strict point de vue du droit des sociétés», mais a soutenu que le libellé de l'article 87 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* allait à l'encontre de ce principe général du droit des sociétés. Afin d'étayer cet argument, l'intimée a porté à l'atten-

issued by Revenue Canada, Taxation ("the Department") as IT-474 on March 30, 1981, and particularly to the following paragraphs (Appeal Book, Vol. II, at pages 171 and 176):

New Corporation

10. Notwithstanding corporate law which in most jurisdictions provides that the corporate entity formed as a result of an amalgamation is a continuation of the predecessor corporations rather than a new corporation, paragraph 87(2)(a) states that such entity is deemed to be a new corporation for the purposes of the Act. A number of the points discussed below arise from this deeming provision. Where the provisions of paragraph 87(2)(a) produce unintended consequences which are unfavourable to the taxpayer, the Corporate Rulings Directorate of the Department is prepared on a case by case basis to consider whether relief is appropriate.

Objections, Appeals and Refunds

30. Where an assessment has been received by a predecessor corporation prior to amalgamation and

(a) where the predecessor corporation has filed a notice of objection prior to amalgamation, the new corporation will possess the rights consequent upon the filing of a notice of objection and will be able to appeal to the Tax Review Board or the Federal Court within the time limits set out in sections 169 or 172, or

(b) where the predecessor corporation has commenced an appeal prior to amalgamation, the new corporation will be able to continue the appeal.

31. Where an assessment or reassessment of a predecessor corporation is to be made after amalgamation, the assessment will be issued to the new corporation which will have the same rights as the predecessor corporation to file a notice of objection and to appeal the assessment.

32. Refunds in respect of tax paid by a predecessor corporation to be made after the amalgamation will be issued to the new corporation.

The respondent also relied on the testimony of the Department's auditor responsible for the reassessment that, had he known the true state of affairs, he would have reassessed Guaranty Properties, not Forest Glenn (Transcript, at pages 72-73):

Q. Let's get to the heart of it, Mr. Delavigne.

Had you known on June the 23rd of the November 1980 amalgamation, you wouldn't have re-assessed Forest Glenn, would you?

A. No.

Q. You would have re-assessed Guaranty Properties, wouldn't you?

A. That's right.

Q. Because that's the way you are told to do it, isn't it?

A. Yes.

tion de la Cour le bulletin d'interprétation IT-474 du 30 mars 1981 publié par le ministère du Revenu, Impôt («le Ministère»), en particulier les paragraphes suivants (Dossier d'appel, Vol. II, aux pages 171 et 176):

Nouvelle corporation

10. Nonobstant le droit commercial qui, dans la plupart des administrations, stipule que la personne morale découlant d'une fusion est la continuité d'une corporation remplacée, plutôt qu'une nouvelle corporation, l'alinéa 87(2)a) stipule qu'une telle entité est réputée être une nouvelle corporation aux fins de la Loi. Un certain nombre des points discutés ci-après découlent de cette disposition de présomption. Lorsque, à cause de l'alinéa 87(2)a), surviennent des conséquences imprévues, défavorables au contribuable, la Direction des décisions concernant les corporations du Ministère est disposée à déterminer pour chaque cas individuellement si un allègement est opportun.

Oppositions, appels et remboursements

30. Lorsqu'une corporation remplacée a reçu un avis de cotisation avant la fusion et

a) qu'elle a produit un avis d'opposition avant la fusion, la nouvelle corporation possède tout droit découlant de la production d'un avis d'opposition et peut interjeter appel à la Cour canadienne de l'impôt ou à la Cour fédérale dans les délais prescrits aux articles 169 ou 172, ou

b) qu'elle a entamé un appel avant la fusion, la nouvelle corporation peut poursuivre l'appel.

31. Lorsque la cotisation ou la nouvelle cotisation de la corporation remplacée est établie après la fusion, l'avis de cotisation sera émis à la nouvelle corporation et cette dernière aura, au même titre que la corporation remplacée, le droit de produire un avis d'opposition et de porter la cotisation en appel.

32. Les remboursements de l'impôt payé par la corporation remplacée, effectués après la fusion, seront envoyés à la nouvelle corporation.

L'intimée s'est également appuyée sur le témoignage du vérificateur du Ministère qui a établi la nouvelle cotisation et qui, s'il avait connu l'état des choses, l'aurait fait au nom de Guaranty Properties au lieu de Forest Glenn (Transcription, aux pages 72 et 73):

Q. Allons au cœur du problème, M. Delavigne.

Si vous aviez été au courant le 23 juin de la fusion de novembre 1980, vous n'auriez pas établi une nouvelle cotisation au nom de Forest Glenn, n'est-ce pas?

R. Non.

Q. Vous l'auriez établie au nom de Guaranty Properties, n'est-ce pas?

R. C'est exact.

Q. Parce que c'est la façon dont on vous demande de procéder, n'est-ce pas?

R. Oui.

Q. That's what the IT Bulletin says, isn't it?

A. Yes.

Q. And you aware that the IT Bulletin states that, "Notwithstanding what any provincial law may provide, for the purposes of the *Income Tax Act*, upon an amalgamation, a new corporation is deemed to exist." ^a

Isn't that correct?

A. Yes.

Q. And you are told not to re-assess the predecessor corporation, aren't you? ^b

A. We are told to re-assess in accordance with the interpretation bulletin.

Q. You are told not to re-assess the predecessor corporation, aren't you? ^c

A. Yes.

In support of its use of administrative policy and interpretation, the respondent relied on the case law, as most recently stated by Wilson J. for the Supreme Court in *Mattabi Mines Ltd. v. Ontario (Minister of Revenue)*, [1988] 2 S.C.R. 175, at pages 195-196: ^d

Crucial to a resolution of this issue is an understanding of the legal effect of administrative practice as publicized in Interpretation Bulletins. As already mentioned, the latter are not authoritative sources for the interpretation of taxing statutes. As Cattanach J. put it in *Southside Car Market Ltd. v. The Queen*, [1982] 2 F.C. 755 (T.D.), at p. 770, "an interpretation is not law until so interpreted by a court of competent jurisdiction". The same judge noted in *Stickel v. Minister of National Revenue*, [1972] F.C. 672 (T.D.), at p. 684, that "[t]he Deputy Minister does not have the power to legislate". Interpretation Bulletins, however, do have some persuasive force where there is an ambiguity in the legislation. ^e

It is, therefore, necessary to focus on provisions of the Act, and particularly on the language of section 87.

The respondent's case is based in great measure on the opening words of paragraph (a) of subsection 87(2), which read as follows: "(a) for the purposes of this Act, the corporate entity formed as a result of the amalgamation shall be deemed to be a new corporation." It is said that it logically follows, from deeming the corporate entity formed as a result of the amalgamation to be a new corporation for the purposes of the Act, that the Act must also deem that, for purposes of the Act, the predecessor corporations which amalgamated to form the new corporation have ceased to exist. ^j

Q. C'est ce que dit le bulletin d'interprétation, n'est-ce pas?
R. Oui.

Q. Vous savez que le bulletin d'interprétation précise que:
[TRADUCTION] «Nonobstant les dispositions législatives applicables dans la province, une nouvelle société est réputée exister au moment d'une fusion, aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.»

Est-ce exact?

R. Oui.

Q. Et on vous dit de ne pas fixer de nouvelle cotisation pour la société remplacée, n'est-ce pas?

R. On nous dit d'établir la nouvelle cotisation en nous fiant au contenu du bulletin d'interprétation.

Q. On vous dit de ne pas établir de nouvelle cotisation au nom de la société remplacée, n'est-ce pas?

R. Oui.

Pour étayer son usage de la politique administrative et son interprétation, l'intimée s'est appuyée sur la jurisprudence, comme l'a exposée récemment le juge Wilson de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Mattabi Mines Ltd. c. Ontario (Ministre du revenu)*, [1988] 2 R.C.S. 175, aux pages 195 et 196:

Pour résoudre ce litige, il est capital de saisir l'effet juridique de la pratique administrative rendue publique dans les bulletins d'interprétation. Comme je l'ai déjà souligné, ces bulletins n'ont pas force obligatoire en matière d'interprétation des lois fiscales. Comme le juge Cattanach l'a dit dans la décision *Southside Car Market Ltd. c. La Reine*, [1982] 2 C.F. 755 (D.P.I.), à la p. 770, «[u]ne [...] interprétation ne constitue pas le droit avant d'être ainsi interprétée par un tribunal compétent». Le même juge a souligné dans la décision *Stickel c. Ministre du Revenu national*, [1972] C.F. 672 (D.P.I.), à la p. 684, que «[l]e sous-ministre n'a pas le pouvoir de légiférer». Les bulletins d'interprétation ont cependant une certaine force persuasive lorsqu'il existe une ambiguïté dans la loi. ^g

Il est donc nécessaire de s'attarder aux dispositions de la Loi, en particulier au libellé de l'article 87.

En l'occurrence, l'intimée s'est largement fondée sur le début de l'alinéa 87(2)a), qui est ainsi formulé: «a) aux fins de la présente loi, l'entité constituée née de la fusion est réputée être une nouvelle corporation». À son avis, il en découle logiquement que si la Loi considère l'entité née de la fusion comme une nouvelle corporation aux fins de la Loi, elle doit également considérer que les corporations qui ont fusionné pour former la nouvelle société ont cessé d'exister aux fins de la Loi. ^h

Given that section 87 contains certain other deeming provisions which expressly provide for the "continuation" of predecessor corporations in the form of a new corporation, it was submitted that, unless otherwise specifically provided in section 87, the predecessor corporations upon an amalgamation cease to exist for tax purposes. None of these "continuation provisions" provide for the reassessment of a predecessor corporation.

The respondent's position is supported by the decision of the Tax Appeal Board in *Scott v. M.N.R.* (1966), 66 DTC 306 at page 308, where, after setting out the predecessor provision to paragraph 87(2)(a) [851(2)(a), R.S.C. 1952, c. 148 (as am. by S.C. 1958, c. 32, s. 35), Assistant Chairman Fordham¹ said:

[A]lthough the provincial law reads to the contrary and hard as it may seem, our federal income tax legislation explicitly provides that the outcome of an amalgamation shall be deemed to be a new company. *Deemed* seems to be a favourite verb in income tax legislation. The word has been held to be conclusive in its import and immune to any attempted modification of its effect. Its use in the Act affords another instance of the proposition that black may be white, if Parliament so legislates.

The respondent also attempted to rely on *Fawcett & Grant, supra*, but that case deals with the corporate law of Quebec, and I find the language of the Quebec statute too different from that of section 87 to be helpful.

Unfortunately for the respondent's analysis of paragraph 87(2)(a), it seems to me that the purpose Parliament had in mind was not to bring amalgamating corporations to an end but merely to give them a deemed year-end and the new corporation a deemed year-beginning. The words "shall be deemed to be a new corporation" are immediately followed by the clause "the first taxation year of which shall be deemed to have commenced at the time of the amalgamation". This subsequent clause I find to be a defining or restrictive relative clause, which limits the scope of the antecedent principal clause to the combined con-

¹ The appellant attempted to rebut this Tax Appeal Board decision with the subsequent decision by Assistant Chairman Fordham in *Palmer-McLellan (United) Ltd. v. M.N.R.* (1967), 67 DTC 323 at p. 325, but to my mind the *dicta* in that case fall short of indicating an intention to reverse his interpretation of the previous year.

Comme l'article 87 contient certaines autres dispositions créant une présomption qui prévoient expressément que les sociétés remplacées continuent d'exister sous la forme d'une nouvelle entité, on a fait valoir qu'à moins de disposition expresse dans l'article 87, les sociétés remplacées lors de la fusion cessent d'exister pour les fins de l'impôt. Or l'établissement d'une nouvelle cotisation pour une société remplacée n'est prévu dans aucune de ces «dispositions qui en continuent l'existence».

L'intimée s'appuie sur la décision rendue par la Commission d'appel de l'impôt dans l'affaire *Scott v. M.N.R.* (1966), 66 DTC 306, à la page 308, dans laquelle le vice-président Fordham¹ a dit, après avoir énoncé la version antérieure de l'alinéa 87(2)(a) [851(2)(a), S.R.C. 1952, chap. 148 (mod. par S.C. 1958, chap. 32, art. 35) de la Loi:

[TRADUCTION] [B]ien que la loi provinciale prévoit le contraire et aussi difficile que cela puisse paraître, notre législation fiscale fédérale stipule expressément que le résultat d'une fusion est *présumé* être une nouvelle société. Le terme *présumé* semble être un verbe fort prisé dans la législation fiscale. On considère que sa signification est concluante et qu'il est à l'abri de toute tentative visant à en modifier la portée. Son emploi dans la Loi montre encore une fois que noir peut vouloir dire blanc si le législateur en décide ainsi.

L'intimée a également tenté de s'appuyer sur l'arrêt *Fawcett & Grant* précité, mais il est question des lois du Québec dans cette affaire, et je considère que leur libellé est trop différent de celui de l'article 87 pour être d'une aide quelconque.

Malheureusement pour l'analyse que fait l'intimée de l'alinéa 87(2)(a), il me semble que l'objectif que le législateur avait à l'esprit n'était pas de mettre fin aux sociétés remplacées, mais simplement de leur attribuer une fin d'année présumée et d'attribuer à la nouvelle société un nouveau début d'année présumé. Les mots «est réputée être une nouvelle corporation» sont immédiatement suivis de la proposition subordonnée «dont la première année d'imposition est réputée avoir commencé à la date de la fusion», qui m'apparaît avoir un caractère définitoire ou restrictif, et avoir pour effet de limiter le sens de la proposition principale

¹ L'appelante a tenté de réfuter cette décision de la Commission d'appel de l'impôt avec la décision que le vice-président Fordham a ensuite rendue dans l'affaire *Palmer-McLellan (United) Ltd. v. M.N.R.* (1967), 67 DTC 323, à la p. 325, mais à mon sens, les remarques de ce dernier dans cette affaire sont loin de révéler son intention d'infirmer son interprétation de l'année précédente.

cept expressed by the two clauses. The amalgamated corporation is deemed new in that its first taxation year commences at the time of the amalgamation. To have created a non-defining or non-restrictive relative clause, the Parliamentary drafter would, at the very least, have had to insert a comma after "a new corporation," or otherwise vary the syntax.² The principal effect of paragraph 87(2)(a) is that, for income tax purposes, the amalgamated corporation is deemed to be a new taxpayer with a fresh taxation year as of the date of amalgamation. In sum, nothing in the paragraph evinces an intention on the part of Parliament to deem that the amalgamating taxpayer ceased to exist, much less that it should be relieved of liability for its own income taxes prior to the date of amalgamation.

That the paragraph, indeed the entire section, deals with the computation of income is also an inference to be drawn from the fact that it falls under Division B of Part I of the Act which deals with the computation of income, as opposed to Division A, which is concerned with liability for tax. As the appellant pointed out, it is Division A (section 2 of the Act) that constitutes the charging section.

Section 87 applies only where an amalgamation has taken place among "taxable Canadian corporations" and according to ("in such manner that") the three conditions specified in subsection 87(1). Since subsection 87(1) by its terms does not apply to all amalgamations, but only to certain members of that class, it seems apparent to me that it derives its notion of amalgamation from elsewhere, which can mean only from the corporate law relevant to the particular corporations in question.

Apparently (the point was asserted by both parties but argued by neither), in Quebec amalgamating corporations cease to exist with the creation of the new entity, so that it is separate and distinct from the amalgamating corporations. But *Witco*, with its incorporation of *Black & Decker* reasoning, established that under *The Business Corporations Act* of Ontario no separate and distinct corporation is created in the amalgamated

² My analysis of the French version of the provision yields the same result.

au concept exprimé par les deux propositions. La société née de la fusion est réputée être nouvelle en ce sens que sa première année d'imposition commence à la date de la fusion. Si le législateur avait voulu prévoir une disposition non définitive ou non restrictive, il aurait à tout le moins fallu qu'il mette une virgule après les mots «une nouvelle corporation» ou bien qu'il modifie la syntaxe². La principale répercussion de l'alinéa 87(2)a) est donc qu'aux fins de l'impôt sur le revenu, la société née de la fusion est réputée être un nouveau contribuable dont l'année d'imposition commence à la date de la fusion. En résumé, rien dans cet alinéa ne révèle l'intention du législateur de considérer que la société ainsi remplacée a cessé d'exister, et rien ne permet encore moins de dire qu'elle doit être exemptée du paiement de l'impôt sur le revenu dont elle était redevable avant la date de la fusion.

Il est également permis de conclure que cet alinéa — et même l'article tout entier — a trait au calcul du revenu vu qu'il figure dans la Section B de la Partie I de la Loi, qui porte sur le calcul du revenu, contrairement à la Section A, qui porte sur l'assujettissement à l'impôt. Comme l'appelante l'a mentionné, c'est la Section A (article 2 de la Loi) qui assujettit les contribuables à l'impôt sur le revenu.

L'article 87 s'applique seulement lorsqu'une fusion met en cause des «corporations canadiennes imposables» et respecte les trois conditions prévues au paragraphe 87(1) («de façon que»). Comme ce paragraphe, de par son libellé, ne s'applique pas à toutes les fusions, mais à certaines d'entre elles seulement, il me semble évident que la notion de fusion sur laquelle elle repose provient d'ailleurs, c'est-à-dire qu'elle ne peut provenir que du droit des sociétés applicable aux sociétés en question.

Apparemment (les deux parties ont affirmé ce point, mais ni l'une ni l'autre ne l'a fait valoir), les sociétés remplacées cessent d'exister au Québec dès la création de la nouvelle entité; cette dernière est donc distincte des premières. Toutefois, dans l'arrêt *Witco*, qui incorpore le raisonnement énoncé dans l'arrêt *Black & Decker*, on précise qu'en vertu de la *Business Corporations Act* de l'Ontario, la société née de la fusion n'est pas une

² Mon analyse de la version française de la disposition donne le même résultat.

corporation, nor are the amalgamating corporations extinguished.

It may be noted that by its initial words subsection 87(1) is limited in its effect to the whole of section 87 ("In this section"), which would tend to negative any legislative ambition to establish a complete code on amalgamations for income tax purposes. The larger words, "for the purposes of this Act," found in paragraph 87(2)(a) cannot extend the narrower intention of the initial words. They must rather be interpreted as legitimizing the use of the deemed taxation years there recognized for all computations under the Act.

It should also be noted that the verb "become" as found in paragraph 87(1)(b) ("all of the liabilities . . . of the predecessor corporations immediately before the merger become liabilities of the new corporation by virtue of the merger") does not necessarily imply transfer of liabilities but means rather to come into being, without any implication as to whether the source of its liabilities also retains responsibility for them.³

I would therefore conclude that section 87 of the Act does not purport to establish a code on amalgamations, and that, having reference to subsection 197(4) of *The Business Corporations Act*, R.S.O. 1970, c. 53 as amended by S.O. 1979, c.

entité distincte et les sociétés remplacées ne cessent pas d'exister.

Il convient de souligner que les premiers mots du paragraphe 87(1) ont pour effet d'en limiter la portée au seul article 87 («Dans le présent article»), ce qui tendrait à nier l'intention du législateur de créer un code complet applicable aux cas de fusion pour les fins de l'impôt sur le revenu. Les termes moins restrictifs «aux fins de la présente loi» qui figurent à l'alinéa 87(2)a ne permettent pas de donner un sens plus large aux premiers mots du paragraphe 87(1). On doit plutôt considérer qu'ils légitiment l'emploi des années d'imposition présumées qui y sont reconnues pour tous les calculs effectués en vertu de la Loi.

Il convient également de souligner que le verbe «devenir» employé à l'alinéa 87(1)b («tous les engagements . . . des corporations remplacées, existant immédiatement avant l'unification, deviennent des engagements de la nouvelle corporation en vertu de l'unification») ne signifie pas nécessairement que les engagements sont transférés, mais a plutôt le sens de prendre naissance, sans qu'on puisse savoir si la source de ces engagements en demeure aussi responsable³.

Je dirais donc que l'article 87 de la Loi n'a pas pour objet d'établir un code applicable aux cas de fusion, et qu'en ce qui a trait au paragraphe 197(4) de la *Business Corporations Act* de l'Ontario, R.S.O. 1970, chap. 53, modifiée par S.O.

³ The appellant relied on *Palmer-McLellan (United) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1969] 1 Ex.C.R. 107, at p. 114, a decision of Thurlow J., as he then was. To the extent that this case is relevant it supports the appellant's case, but it is too indirectly relevant to be a great assistance.

The appellant also drew the Court's attention to paragraph 87(2)(w) [as am. by S.C. 1977-78, c. 1, s. 42(3)], which provides that "a restricted farm loss of a predecessor corporation for a taxation year is not deductible in computing the taxable income of the new corporation", a provision she argued would not be necessary if the predecessor and successor corporations were different persons. The respondent made an opposite argument with respect to paragraph 87(2)(jj) [as am. by S.C. 1979, c. 5, s. 28(2)], which provides that in relation to interest on certain obligations "the new corporation shall be deemed to be the same corporation as, and a continuation of, each predecessor corporation". These contentions tend to cancel each other out.

³ L'appelante s'est fondée sur la décision rendue par le juge Thurlow (alors juge puîné) dans l'affaire *Palmer-McLellan (United) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1969] 1 R.C.É. 107, à la p. 114. Dans la mesure où cet arrêt s'applique en l'espèce, il joue en faveur de l'appelante, mais sa pertinence est trop indirecte pour qu'il soit d'une aide quelconque.

L'appelante a également porté à l'attention de la Cour l'alinéa 87(2)w [mod. par S.C. 1977-78, chap. 1, art. 42(3)] de la Loi, qui précise qu'«une perte agricole restreinte d'une corporation remplacée, pour une année d'imposition, n'est pas déductible lors du calcul du revenu imposable de la nouvelle corporation», disposition qui serait inutile, selon elle, si la société remplacée et la société née de la fusion étaient des personnes morales distinctes. L'intimée a fait valoir un argument au contraire en invoquant l'alinéa 87(2)jj [mod. par S.C. 1979, chap. 5, art. 28(2)], aux termes duquel «la nouvelle corporation est réputée être la même corporation que chacune des corporations remplacées et est réputée être la continuation de chacune d'elles» relativement aux intérêts sur certaines obligations. Ces prétentions tendent à s'annuler mutuellement.

36, s. 16, as judicially interpreted,⁴ predecessor corporations in an amalgamation do not cease to exist but remain jointly liable with their successor corporations for the liabilities they carried at the time of the amalgamation.

In the light of my decision on this issue, I find it unnecessary to consider the appellant's alternative argument.

The respondent requested that, in the event of the appellant's success on the merits, there should be no order as to costs, since the Court would then be pronouncing against the Department's previous conduct as manifested through its administrative interpretation and practice. However, that consideration is counterbalanced in my mind by the fact that Forest Glenn's original reasons for objection to the Minister's notice of reassessment make no reference at all to the section 87 issue herein presented.

The appeal will therefore be allowed with costs here and below and the judgment of the Trial Judge set aside; the reassessment of Forest Glenn

1979, chap. 36, art. 16, tel qu'il a été interprété par les tribunaux⁴, les sociétés remplacées dans le cadre d'une fusion ne cessent pas d'exister mais demeurent conjointement responsables avec la société née de la fusion des engagements qui étaient les leurs au moment de la fusion.

Compte tenu de ma décision sur cette question, il m'apparaît inutile d'examiner l'argument subsidiaire de l'appelante.

L'intimée a demandé à la Cour de ne pas adju-ger les dépens si elle donnait raison à l'appelante sur le fond, car la Cour rendrait alors jugement contre le Ministère et sa conduite antérieure basée sur sa pratique et son interprétation administrati-ves. Toutefois, cette considération est contrebalan-cée dans mon esprit par le fait que les motifs initiaux d'opposition de Forest Glenn à l'avis de nouvelle cotisation du ministre ne font aucunement état de la question relative à l'article 87 soulevée en l'espèce.

J'accueillerai donc l'appel avec dépens tant devant cette Cour que devant la Section de pre-mière instance, et j'infirm后将 la décision de la

⁴ The relevant language of subsection 197(4) is virtually identical to subsection 137(13) of the *Canada Corporations Act* interpreted by the Supreme Court in *Black & Decker*, viz. that upon the date of the amalgamation:

197. ...

(4) ...

(a) the amalgamation becomes effective and the amal-gamating corporations are amalgamated and continue as one corporation under the terms and conditions set out in the amalgamation agreement;

(b) the amalgamated corporation possesses all the prop-erty, rights, privileges and franchises and is subject to all liabilities, contracts, disabilities and debts of each of the amalgamating corporations ... [Emphasis added.]

In *Black & Decker* the statutory provisions read that "the amalgamating companies are amalgamated and are continued as one company" (emphasis added). The Supreme Court highlighted the verb *continue* in paragraph (a) as the "controlling word in s. 137". Spence J. in *Witco*, *supra*, at p. 282, found that it was even clearer under the Ontario than under the federal statute that an amalgamation did not extinguish the corporate identity of the amalgamating corporations.

⁴ Le libellé du paragraphe 197(4) est presque identique à celui du paragraphe 137(13) de la *Loi sur les Corporations canadiennes* qu'a interprété la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Black & Decker*, c'est-à-dire qu'à la date de la fusion:

197. ...

[TRADUCTION] (4) ...

a) la fusion devient effective et les companies consti-tuantes sont fusionnées et poursuivent leur activité comme une seule et même compagnie conformément aux conditions énoncées dans la convention de fusion;

b) la compagnie née de la fusion possède tous les biens, droits, prérogatives et concessions de chacune des comp-agnies constituantes, et elle est liée par tous les contrats et engagements, et est assujettie à toutes les incapacités et dettes, de chacune d'entre elles ... [C'est moi qui souligne.]

Dans *Black & Decker*, les dispositions de la Loi stipulaient que «les compagnies constituantes sont fusionnées et poursui-vent leur activité comme une seule et même compagnie» (c'est moi qui souligne). La Cour suprême a précisé que le verbe «*continue*» («poursuivre» dans la version française) constitue «le mot clé de l'article 137». Dans l'arrêt *Witco* précité, le juge Spence a statué à la p. 282 qu'il apparaissait encore plus clairement dans la loi ontarienne que dans la loi fédérale que la fusion n'enlevait pas aux sociétés remplacées leur identité en tant que personnes morales.

(Dixie) Limited with respect to its 1976 taxation year is valid.

Section de première instance. La nouvelle cotisation de Forest Glenn (Dixie) Limited à l'égard de l'année d'imposition 1976 est valable.

STONE J.A.: I agree.

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

DESJARDINS J.A.: I concur.

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

T-2355-86

T-2355-86

Montres Rolex S.A. and Rolex Watch Company of Canada Limited (*Plaintiffs*)

Montres Rolex S.A. et Rolex Watch Company of Canada Limited (*demandereses*)

v.

a c.

Brad Balshin, Hilda Balshin, Arthur Christodoulou, Shelly Michaels, Martin Herson, David C. Redman and Robert Pahmer, on behalf of Themselves and on behalf of all Others selling, offering for sale, importing, advertising, manufacturing, or distributing any wares in association with the name Rolex or the Crown Design, being registered Trademarks No. 278,348, No. 208,437, No. 130/33476, and No. 78/19056 under the *Trade Marks Act*, R.S.C. 1970, as amended, when the same are not of the plaintiffs' manufacture or merchandise and John Doe and Jane Doe, and all Others unknown to the plaintiffs who sell, import, advertise, manufacture or distribute any wares in association with the name Rolex or the Crown Design being registered Trademarks No. 278,348, No. 208,437, No. 130/33476, and No. 78/19056 under the *Trade Marks Act*, R.S.C. 1970, as amended, when the same are not of the plaintiffs' manufacture or merchandise (*Defendants*)*

Brad Balshin, Hilda Balshin, Arthur Christodoulou, Shelly Michaels, Martin Herson, David C. Redman et Robert Pahmer, pour leur propre compte et pour le compte de toutes les autres personnes qui vendent, offrent en vente, importent, promeuvent, fabriquent ou distribuent toutes marchandises en liaison avec le nom Rolex ou le motif représentant une couronne, qui constituent les marques de commerce déposées n° 278 348, n° 208 437, n° 130/33476 et n° 78/19056 conformément à la *Loi sur les marques de commerce*, S.R.C. 1970, et ses modifications, lorsque lesdites marchandises ne sont pas fabriquées ou promues par les demanderesses, et John Doe et Jane Doe et toutes les autres personnes inconnues des demanderesses qui vendent, importent, promeuvent, fabriquent ou distribuent toutes marchandises en liaison avec le nom Rolex ou le motif représentant une couronne, qui constituent les marques de commerce déposées n° 278 348, n° 208 437, n° 130/33476 et n° 78/19056 conformément à la *Loi sur les marques de commerce*, S.R.C. 1970, et ses modifications, lorsque lesdites marchandises ne sont pas fabriquées ou promues par les demanderesses (*défendeurs*)*

* Editor's Note: Upon an application under Federal Court Rule 337 to reconsider the terms of the judgment herein, MacKay J. by order dated April 11, 1990 (T-2355-86), amended the wording of paragraph 5 of the judgment by inserting the words "imitation Rolex watches and wares". Paragraph 5 now reads:

5. The importation for commercial purposes of watches and wares bearing the plaintiffs' registered trade-marks or facsimiles of them when the watches and wares are not of the plaintiffs' manufacture or merchandise, to wit imitation Rolex watches and wares, having been found to be contrary to the *Trade-marks Act*, is prohibited pursuant to section 52(4) of the Act.

Plaintiffs' request that paragraph 3 of the judgment be amended to include John Doe and Jane Doe, defendants who were or are engaging in the prohibited activities described in that paragraph after February 9, 1989, was rejected.

* Note de l'arrêstiste: À la suite d'une demande en vue de réexaminer les dispositions du jugement aux présentes conformément à la Règle 337 des *Règles de la Cour fédérale*, le juge MacKay, dans une ordonnance en date du 11 avril 1990 (T-2355-86), a modifié le libellé du paragraphe 5 du jugement en ajoutant les mots «des montres et des marchandises d'imitation Rolex». Le paragraphe 5 se lit maintenant comme suit:

5. L'importation à des fins commerciales de montres et de marchandises portant les marques de commerce déposées des demanderesses ou des reproductions de celles-ci, alors que les montres et les marchandises en question ne sont pas fabriquées ou promues par les demanderesses, c'est-à-dire des montres et des marchandises d'imitation Rolex, contrevient à la *Loi sur les marques de commerce* et est prohibée par le paragraphe 52(4) de ladite Loi.

Les demanderesses ont demandé que le paragraphe 3 du jugement soit modifié de façon à inclure John Doe et Jane Doe, défendeurs qui ont poursuivi ou qui poursuivent les activités prohibées décrites dans ce paragraphe après le 9 février 1989, mais cette proposition a été rejetée.

INDEXED AS: MONTRES ROLEX S.A. v. BALSHIN (T.D.)

Trial Division, MacKay J.—Toronto, February 7, 8, 1989; Ottawa, March 13, 1990.

Trade marks — Infringement — Imitation Rolex watches imported to Canada — Sold by transient street vendors — Difficulty in obtaining effective relief by litigation due to defendants' nature — Names of many potential defendants unknown to plaintiffs — None of named defendants appearing or represented at trial — One having signed consent to judgment — Not proper case for class action — Permanent injunction extending to persons unknown granted where circumstances exceptional, order not inconsistent in purpose and principle with established practice.

Injunctions — To restrain sale by street vendors of trade mark infringing imitation Rolex wares — Names of many potential defendants unknown to plaintiffs — Exceptional circumstances warranting permanent injunction extending to persons unknown in addition to named defendants — Terms of order not inconsistent in purpose, principle with established practice.

Practice — Parties — Trade mark infringement action regarding sale by numerous street vendors of imitation Rolex watches — Names of many infringers unknown to plaintiffs — Obtaining effective relief through litigation difficult due to infringers' transient nature — Plaintiffs seeking permanent injunction extending to persons unknown — Not proper case for class action — Proposed class of defendants not having common interest — Possibility of different defences — Court must have confidence representative will defend common interest of class members — Named defendants not appearing at trial even to defend own interests.

Customs and excise — Customs Tariff — Importation prohibited by order under Trade Marks Act, s. 52 — Whether party must be named as defendant — Whether section's wording broadened by R.S.C. 1985 — Necessity for final determination importation or distribution unlawful — Purpose of s. 52(4) — Order to go prohibiting importation for commercial purposes of imitation Rolex products.

In light of expanding sales of imitation wares by elusive street vendors, the plaintiffs were seeking to protect their registered trade-marks against certain named as well as unnamed defendants, principally by means of a permanent injunction and an order under subsection 52(4) of the *Trade-marks Act* prohibiting importation. The plaintiffs sought to include unnamed defendants by framing their action as a class action.

RÉPERTORIÉ: MONTRES ROLEX S.A. c. BALSHIN (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge MacKay—Toronto, 7 et 8 février 1989; Ottawa, 13 mars 1990.

Marques de commerce — Contrefaçon — Montres d'imitation Rolex importées au Canada — Vente par des marchands ambulants — En raison de la nature des activités des défendeurs, il est difficile d'obtenir une réparation efficace au moyen d'un litige — Noms de nombreux défendeurs possibles inconnus des demandereses — Aucun des défendeurs nommés n'a comparu ni n'a été représenté lors de l'instruction — Un des défendeurs a signé un consentement au jugement — Il ne s'agit pas d'un cas approprié pour un recours collectif — L'injonction permanente s'appliquant à des personnes inconnues n'est accordée que dans des cas exceptionnels et lorsque l'ordonnance n'est pas incompatible avec la pratique établie quant au but et au principe.

Injunctions — Interdiction aux marchands ambulants de vendre des montres d'imitation Rolex violant des marques de commerce — Noms de nombreux défendeurs possibles inconnus des demandereses — Il y a des circonstances exceptionnelles qui justifient la délivrance d'une injonction permanente s'appliquant à des personnes inconnues en plus des défendeurs nommés — Les conditions de l'ordonnance ne sont pas incompatibles avec la pratique établie quant au but et au principe.

Pratique — Parties — Action en contrefaçon de marques de commerce à l'égard de la vente de montres d'imitation Rolex par de nombreux marchands ambulants — Noms de nombreux vendeurs inconnus des demandereses — En raison de la nature ambulante des activités des vendeurs, il est difficile d'obtenir une réparation efficace au moyen d'un litige — Les demandereses désirent obtenir une injonction permanente s'appliquant à des personnes inconnues — Il ne s'agit pas d'un cas approprié pour un recours collectif — Catégorie proposée de défendeurs n'ayant aucun intérêt commun — Possibilité de différentes contestations — La Cour doit être persuadée qu'un représentant défendra l'intérêt commun des membres de la catégorie — Les défendeurs nommés n'ont pas comparu à l'instruction pour défendre leurs propres intérêts.

Douanes et accise — Tarif des douanes — Importation prohibée selon une ordonnance fondée sur l'art. 52 de la Loi sur les marques de commerce — Il s'agit de savoir si la partie doit être nommée comme défendeur — Il s'agit de savoir si le libellé de l'article a été élargi par les L.R.C. 1985 — Il est nécessaire de déterminer de façon définitive si l'importation ou la distribution est illégale — But de l'art. 52(4) — Ordonnance interdisant l'importation de produits d'imitation Rolex à des fins commerciales.

En raison des ventes croissantes de marchandises d'imitation par des marchands ambulants difficiles à retracer, les demandereses ont cherché à protéger leurs marques de commerce déposées à l'encontre de certains défendeurs nommés et non nommés, principalement au moyen d'une injonction permanente et d'une ordonnance interdisant l'importation conformément au paragraphe 52(4) de la *Loi sur les marques de commerce*. Les demandereses ont cherché à inclure des défendeurs non nommés en formulant leur action comme recours collectif.

Held, a permanent injunction against named and unnamed defendants and an order against unnamed defendants prohibiting importation should be granted, as well as the relief usually granted against named defendants in trade-mark infringement cases.

Plaintiffs have sought, from the initiation of this litigation, to structure it as a class action against persons unknown. That is not consistent with practice in the Federal Court. There was nothing to suggest that any named defendant had consented to represent others. The proposed class members had no association before this action. Under Rule 1711, all those in the proposed class must share a common interest. These trade mark infringers had no interest in common and a possibility of different defences existed. The Court would not recognize a representative for a proposed class unless confident that person would defend the common interest of the class. The named defendants herein failed to appear at trial to defend even their own interests.

Although injunctions against unnamed defendants are usually issued on an interim basis only, a permanent injunction could be issued where, as here, the circumstances were exceptional and the order was inconsistent with established practice in neither purpose nor principle.

An order under subsection 52(4) of the Act prohibiting importation by unnamed defendants cannot be made in the absence of an adjudication on the merits in a judicial proceeding. Neither a consent judgment nor a default judgment was sufficient. The importation of imitation Rolex wares had seriously affected the plaintiffs' rights to exclusive use of their registered trade-marks and was contrary to the Act. The condition precedent to the issuance of such an order had now been satisfied.

The purpose of subsection 52(4) is to support the efforts of registered owners and users to protect their exclusive rights under sections 19 and 50 of the Act. The circumstances herein justified an order prohibiting unnamed defendants from the future importation of imitation Rolex wares for commercial purposes.

Jugement: une injonction permanente contre les défendeurs nommés et non nommés et une ordonnance interdisant l'importation de la part des défendeurs non nommés devraient être accordées, de même que le redressement habituellement accordé contre les défendeurs nommés dans les cas de contrefaçon de marques de commerce.

a Les demanderesse ont cherché, dès l'institution de l'action, à structurer leur recours comme recours collectif contre des personnes inconnues. Cette façon de procéder n'est pas compatible avec la pratique de la Cour fédérale. Aucun élément ne permet de dire qu'un défendeur nommé a consenti à représenter les autres. Les membres de la catégorie proposée n'avaient aucun lien entre eux avant le présent litige. Selon la Règle 1711, toutes les personnes faisant partie de la catégorie proposée doivent avoir un intérêt commun. Ces personnes qui violent des marques de commerce n'avaient aucun intérêt et il était possible que différents moyens de contestation soient soulevés. La Cour n'est pas prête à reconnaître un représentant d'une catégorie donnée à moins d'être persuadée que cette personne défendra les intérêts communs de la catégorie. Les défendeurs nommés en l'espèce n'ont pas comparu à l'instruction pour défendre leurs propres intérêts.

d Bien que des injonctions contre des défendeurs non nommés ne soient habituellement prononcées que sur une base provisoire, une injonction permanente pourrait être rendue lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, les circonstances sont exceptionnelles et que l'ordonnance n'est pas incompatible avec la pratique établie quant au but et au principe.

e Une ordonnance rendue en application du paragraphe 52(4) de la Loi pour interdire l'importation de la part des défendeurs non nommés ne peut être rendue en l'absence d'une décision sur le fond dans une procédure judiciaire. Ni un jugement sur consentement ni un jugement par défaut ne sont suffisants. L'importation de marchandises d'imitation Rolex a gravement entravé les droits de la demanderesse à l'utilisation exclusive de leurs marques de commerce déposées et était contraire à la Loi. La condition préalable à la délivrance d'une ordonnance de cette nature a été établie.

f Le paragraphe 52(4) vise à appuyer les efforts des propriétaires et usagers inscrits en vue de protéger leurs droits exclusifs selon les articles 19 et 50 de la Loi. Les circonstances en l'espèce justifient la délivrance d'une ordonnance interdisant aux défendeurs non nommés d'importer à l'avenir des marchandises d'imitation Rolex à des fins commerciales.

h

LOIS ET RÈGLEMENTS

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Customs Tariff, R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 41, s. 114, Schedule VII, Code 9967.

Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R.R. 480, 495(1)(a),(2), 500, 1711.

Revised Statutes of Canada, 1985 Act, R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 40, s. 4.

Statute Revision Act, R.S.C., 1985, c. S-20.

Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 7(d), 19, 20, 22, 50, 52(1),(4), 53, 55.

Trade Marks Act, R.S.C. 1970, c. T-10, s. 52(1),(4).

Loi sur les Lois révisées du Canada (1985), L.R.C. (1985) (3^e suppl.), chap. 40, art. 4.

Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), chap. T-13, art. 7(d), 19, 20, 22, 50, 52(1),(4), 53, 55.

Loi sur les marques de commerce, S.R.C. 1970, chap. T-10, art. 52(1),(4).

Loi sur la révision des lois, L.R.C. (1985), chap. S-20.

Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 480, 495(1)(a),(2), 500, 1711.

Tarif des douanes, L.R.C. (1985) (3^e suppl.), chap. 41, art. 114, annexe VII, Code 9967.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

CONSIDERED:

Adidas Sportschuhfabriken Adi Dassler K. G. et al. v. Kinney Shoes of Canada Ltd., E'Mar Imports Ltd., Third Party (1971), 19 D.L.R. (3d) 680; 2 C.P.R. 227 (Ex. Ct.).

REFERRED TO:

Montres Rolex S.A. v. Balshin, T-2335-86, Jerome A.C.J., order dated 11/2/88, not reported; *Government of Canada v. Perry et al.* (1981), 41 N.R. 91 (F.C.A.); *John v. Rees*, [1970] Ch. 345; [1969] 2 All E.R. 274; *Wood v. McCarthy*, [1893] Q.B. 775 (Eng.); *Walker v. Sur*, [1914] 2 K.B. 930 (C.A.); *Butler et al. v. Regional Assessment Commissioner, Assessment Region No. 9* (1982), 39 O.R. (2d) 365; 139 D.L.R. (3d) 158; 19 M.P.L.R. 233 (H.C.); *General Motors of Canada Ltd. v. Naken et al.*, [1983] 1 S.C.R. 72; (1983), 144 D.L.R. (3d) 385; 32 C.P.C. 138; 46 N.R. 139; *Smith v. Cardiff Corp.*, [1953] 2 All E.R. 1373 (C.A.); *Kiist v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1982] 1 F.C. 361; (1981), 123 D.L.R. (3d) 434; 37 N.R. 91 (C.A.); *Heath Steele Mines Limited v. Kelly and Astle* (1978), 22 N.B.R. (2d) 619; 39 A.P.R. 7; 7 C.P.C. 63 (C.A.); *Montres Rolex S.A. v. Canada*, [1988] 2 F.C. 39; (1987), 14 C.E.R. 309; 17 C.P.R. (3d) 507 (T.D.); *Cartier, Inc. v. John Doe* (1987), 13 C.I.P.R. 316 (F.C.T.D.); *Cartier, Inc. v. Doe*, [1990] 2 F.C. 234 (T.D.); *Montres Rolex S.A. v. Lifestyles Imports Inc.* (1988), 23 C.P.R. (3d) 436 (F.C.T.D.); *Krimson Corp. v. Persons Unknown*, T-1714-87, Jerome A.C.J., order dated 12/8/87, not reported; *Jackson v. Bubela et al.* (1972), 28 D.L.R. (3d) 500; [1972] 5 W.W.R. 80 (B.C.C.A.); *Golden Eagle Liberia Ltd. et al. v. International Organization of Masters, Mates and Pilots*, [1974] 5 W.W.R. 49 (B.C.S.C.); *Dukoff et al. v. Toronto General Hospital et al.* (1986), 54 O.R. (2d) 58; 8 C.P.C. (2d) 93 (H.C.); *Davies v. Elsbey Brothers, Ltd.*, [1960] 3 All E.R. 672 (C.A.).

AUTHORS CITED

Callmann, Rudolf. *The Law of Unfair Competition, Trademarks, and Monopolies*. Mundelein (Ill.): Callaghan, 1981.

COUNSEL:

Simon Schneiderman for plaintiffs.
No one appearing for defendants.

SOLICITORS:

Miller, Mills & Associates, Toronto, for plaintiffs.

EDITOR'S NOTE

This judgment is of interest for its discussion of the reach of legal remedies, and the Court's orders, to unnamed defendants who, as street vendors, are involved in the sale of goods which

JURISPRUDENCE

DÉCISION EXAMINÉE:

Adidas Sportschuhfabriken Adi Dassler K. G. et al. v. Kinney Shoes of Canada Ltd., E'Mar Imports Ltd., tierce partie (1971), 19 D.L.R. (3d) 680; 2 C.P.R. 227 (C. de l'É.).

DÉCISIONS CITÉES:

Montres Rolex S.A. c. Balshin, T-2335-86, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 11-2-88, non publiée; *Gouvernement du Canada c. Perry et autres* (1981), 41 N.R. 91 (C.A.F.); *John v. Rees*, [1970] Ch. 345; [1969] 2 All E.R. 274; *Wood v. McCarthy*, [1893] Q.B. 775 (Ang.); *Walker v. Sur*, [1914] 2 K.B. 930 (C.A.); *Butler et al. v. Regional Assessment Commissioner, Assessment Region No. 9* (1982), 39 O.R. (2d) 365; 139 D.L.R. (3d) 158; 19 M.P.L.R. 233 (H.C.); *General Motors of Canada Ltd. c. Naken et autres*, [1983] 1 R.C.S. 72; (1983), 144 D.L.R. (3d) 385; 32 C.P.C. 138; 46 N.R. 139; *Smith v. Cardiff Corp.*, [1953] 2 All E.R. 1373 (C.A.); *Kiist c. Canadian Pacific Railway Co.*, [1982] 1 C.F. 361; (1981), 123 D.L.R. (3d) 434; 37 N.R. 91 (C.A.); *Heath Steele Mines Limited v. Kelly and Astle* (1978), 22 N.B.R. (2d) 619; 39 A.P.R. 7; 7 C.P.C. 63 (C.A.); *Montres Rolex S.A. c. Canada*, [1988] 2 C.F. 39; (1987), 14 C.E.R. 309; 17 C.P.R. (3d) 507 (1^{re} inst.); *Cartier, Inc. c. John Doe* (1987), 13 C.I.P.R. 316 (C.F. 1^{re} inst.); *Montres Rolex S.A. c. Lifestyles Imports Inc.* (1988), 23 C.P.R. (3d) 436 (C.F. 1^{re} inst.); *Krimson Corp. c. Personnes inconnues*, T-1714-87, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 12-8-87, non publiée; *Jackson v. Bubela et al.* (1972), 28 D.L.R. (3d) 500; [1972] 5 W.W.R. 80 (C.A.C.-B.); *Golden Eagle Liberia Ltd. et al. v. International Organization of Masters, Mates and Pilots*, [1974] 5 W.W.R. 49 (C.S.C.-B.); *Dukoff et al. v. Toronto General Hospital et al.* (1986), 54 O.R. (2d) 58; 8 C.P.C. (2d) 93 (H.C.); *Davies v. Elsbey Brothers, Ltd.*, [1960] 3 All E.R. 672 (C.A.).

DOCTRINE

Callmann, Rudolf. *The Law of Unfair Competition, Trademarks, and Monopolies*, Mundelein (Ill.): Callaghan, 1981.

AVOCATS:

Simon Schneiderman pour les demandereses.
Personne n'a comparu pour les défendeurs.

PROCUREURS:

Miller, Mills & Associates, Toronto, pour les demandereses.

NOTE DE L'ARRÉTISTE

Ce jugement revêt un intérêt spécial en raison des commentaires qu'il comporte au sujet de l'application des recours juridiques et des ordonnances de la Cour à des défendeurs non nommés

are imitations of those which the plaintiffs manufacture or sell under registered trade-marks.

Pursuant to subsection 58(2) of the Federal Court Act, the Executive Editor has decided that this 41-page judgment should be reported as abridged. His Lordship's reasons for judgment with respect to relief in relation to persons unknown and with respect to section 52 of the Trade-marks Act are unabridged. A summary of the omitted material is provided. The portion of the reasons for judgment deleted include: proceedings preliminary to trial, review of the evidence adduced at trial and the relief granted against the named defendants.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MAC KAY J.:

Introduction

The plaintiffs seek a variety of remedies to redress injury and to prevent further injury alleged to their interests arising under registered trade-marks. The original defendants in this action, named and unnamed are said to be engaged in sales of imitation Rolex watches or related wares which bear marks similar to the plaintiffs' registered marks and many of their sales are said to be made from street vending locations with no continuing site or address. The imitation wares are apparently brought, or shipped, into Canada.

The defendants' operations, with so little of permanence, regularity or stability usually associated with business activities make it difficult for the plaintiffs to protect their interests under registered trade-marks, their legitimate enterprise and their relationships with well established and reputable vendors. In interlocutory proceedings in advance of this action and in this action itself, as in parallel situations of others similarly affected by expanding sales of imitation wares, the plaintiffs have sought extraordinary relief. Some relief claimed and granted has been in the form of

qui, à titre de marchands ambulants, vendent des marchandises imitant celles que les demanderesse fabriquent ou vendent en vertu de marques de commerce déposées.

^a Conformément au paragraphe 58(2) de la Loi sur la Cour fédérale, le directeur général a décidé que ce jugement de 41 pages devrait être publié sous forme abrégée. Les motifs du jugement concernant la réparation à l'égard de personnes ^b inconnues et concernant l'article 52 de la Loi sur les marques de commerce ne sont pas abrégés. Un résumé des parties omises apparaît plus loin. La partie des motifs de jugement omis comprend ^c ce qui suit: les procédures préliminaires qui ont précédé l'instruction, la revue de la preuve présentée au cours de l'instruction et la réparation accordée contre les défendeurs nommés.

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

LE JUGE MAC KAY:

Introduction

^e Les demanderesse cherchent à obtenir divers redressements pour réparer le préjudice qu'elles ont subi et empêcher toute autre action nuisant à leurs intérêts qui découlent de marques de commerce déposées. On reproche aux défendeurs initiaux de la présente action, nommés et non nommés, de vendre des montres d'imitation Rolex ou des marchandises connexes qui portent des marques semblables aux marques déposées des ^f demanderesse et de conclure ces ventes, dans bien des cas, sur la rue plutôt qu'à un emplacement ou une adresse fixe. Les marchandises d'imitation ^g sont apparemment transportées ou expédiées au Canada.

^h Comme les activités des défendeurs sont dépourvues du caractère permanent, régulier ou stable habituellement lié aux activités commerciales, il est difficile pour les demanderesse de protéger leurs intérêts découlant de marques de commerce déposées, leur entreprise légitime et les liens qu'elles ont créés avec des vendeurs renommés et bien établis. Dans des procédures interlocutoires engagées avant la présente action et dans l'action elle-même, ⁱ comme dans des situations semblables que vivent d'autres personnes et entreprises lésées par des ventes croissantes de marchandises d'imitation, ^j

Anton Piller type orders. Sometimes, as in this action, interlocutory relief has been sought against defendants unknown or inadequately identified until their identity can later be confirmed, often with difficulty, as persons engaged in sales or other activities which are said to infringe upon the plaintiffs' interests.

A principal concern of the plaintiffs in this action is to protect their interests, not only against named defendants but also against persons unknown, by a permanent injunction and also by an order under subsection 52(4) of the *Trade-marks Act* [R.S.C., 1985, c. T-13] with a view to prohibiting import of imitation Rolex watches and wares.

The trial in this matter was unusual in that no defendant named who had entered a defence in the action appeared to defend or to contest the evidence presented by the plaintiffs. Perhaps that development was to be anticipated. It does underline the difficulties that the plaintiffs face in seeking to protect their interests. As the style of cause in this matter indicates, the defendants here were made parties in various capacities including by amendment "John Doe and Jane Doe and all others unknown to the plaintiffs". By consent one of the named defendants agreed to judgment not only in his own capacity but also in relation to orders directed to John Doe, Jane Doe and others unknown.

This action thus raises a number of issues about the reach of legal remedies, and the Court's orders, especially in relation to unnamed defendants.

EDITOR'S NOTE

The plaintiff, Montres Rolex S.A., is a Swiss corporation which owns Canadian trade-marks for jewellery and watches. The other plaintiff, a Canadian corporation, is the sole registered user

les demandereses ont demandé une réparation extraordinaire. Certains des redressements demandés et accordés ont été des ordonnances de type Anton Piller. Parfois, comme c'est le cas ici, des injonctions interlocutoires ont été demandées contre des défendeurs inconnus ou mal identifiés jusqu'à ce que leur identité puisse être confirmée plus tard, souvent difficilement, à titre de personnes qui font des ventes ou poursuivent d'autres activités qui nuiraient aux intérêts des demandereses.

Une des principales préoccupations des demandereses en l'espèce est de protéger leurs intérêts non seulement contre les défendeurs nommés, mais aussi contre des personnes inconnues, au moyen d'une injonction permanente ainsi que d'une ordonnance fondée sur le paragraphe 52(4) de la *Loi sur les marques de commerce* [L.R.C. (1985), chap. T-13], afin de prohiber l'importation de montres et de marchandises d'imitation Rolex.

L'instruction s'est déroulée d'une façon inhabituelle; en effet, aucun des défendeurs nommés qui avaient inscrit une défense dans l'action n'a comparu pour se défendre ou pour contester la preuve présentée par les demandereses. Cette situation était peut-être à prévoir. Elle démontre à quel point il est difficile pour les demandereses de protéger leurs intérêts. Comme l'indique l'intitulé de la cause, les défendeurs en l'espèce ont été poursuivis à divers titres, notamment sous les noms «John Doe et Jane Doe et toutes les autres personnes inconnues des demandereses», à la suite d'un amendement. Un des défendeurs nommés a consenti au jugement non seulement pour lui-même, mais aussi à l'égard des ordonnances rendues contre John Doe, Jane Doe et les autres personnes inconnues.

L'action soulève donc certaines questions concernant l'étendue des redressements juridiques et des ordonnances de la Cour, notamment en ce qui a trait aux défendeurs non nommés.

NOTE DE L'ARRÊTISTE

La demanderesse, Montres Rolex S.A., est une société suisse qui est propriétaire de marques de commerce canadiennes se rapportant à des bijoux et des montres. L'autre demanderesse, qui est une société canadienne, est le seul usager inscrit de ces marques de commerce. Elle distri-

of these trade-marks. It distributes Rolex watches to some 200 jewellers throughout Canada.

Since commencement of this action in 1986, plaintiffs had obtained interim and interlocutory injunctions including Anton Piller orders. Subsequently, certain of the defendants were fined for contempt after show cause orders were issued. Later still, three of the named defendants consented to judgment restraining them from infringing plaintiffs' registered trade-marks and from importing or dealing in wares bearing the name Rolex which are not of the plaintiffs' manufacture. The judgment included a subsection 52(4) order prohibiting importation of imitation Rolex watches. The judgment was directed to five named defendants and to "all others" selling imitation Rolex products. His Lordship expressed the opinion that this judgment, rendered in January 1987, would have bound only the particular defendants named therein. Later that year, the Associate Chief Justice denied a motion for an order that the named defendants who were defending plaintiffs' claims be appointed representatives of all unidentified phony watch sellers. Another Judge did grant an order amending the style of cause by adding as defendants "John Doe and Jane Doe and all others unknown to the plaintiffs who sell, import, advertise, manufacture or distribute" spurious Rolex watches. When this case came on for trial, counsel for plaintiffs filed a consent to judgment signed by Redman, one of the named defendants. The other, Pahmer, neither appeared nor was represented. The consent to judgment purported to extend to John and Jane Doe and all the other unknown offenders.

In accordance with Rule 495(1)(a), His Lordship ordered that the trial proceed. Thus plaintiffs had to prove their case even though their witnesses would not have to undergo cross-examination. The Court accepted as evidence the affidavits of a solicitor and long-time Secretary Treasurer of

bue des montres Rolex à quelque 200 joailliers un peu partout au Canada.

Depuis que l'action a été intentée en 1986, les demandereses ont obtenu des injonctions provisoires et interlocutoires, y compris des ordonnances de type Anton Piller. Par la suite, certains des défendeurs ont été condamnés à payer une amende pour outrage au tribunal après la délivrance d'ordonnances de justification. Plus tard, trois des défendeurs nommés ont consenti à un jugement qui avait pour effet de leur interdire de violer les marques de commerce déposées des demandereses et d'importer des marchandises qui portent le nom Rolex et qui ne sont pas fabriquées par les demandereses ou d'en faire le commerce. Le jugement comprenait une ordonnance fondée sur le paragraphe 52(4), laquelle ordonnance avait pour effet d'interdire l'importation de montres d'imitation Rolex. Le jugement s'appliquait aux cinq défendeurs nommés et à «tous les autres» qui vendent des produits d'imitation Rolex. Selon le juge, ce jugement qui a été rendu en janvier 1987 n'aurait lié que les défendeurs qui y étaient nommés. Plus tard, au cours de cette année-là, le juge en chef adjoint a rejeté une requête en vue d'obtenir une ordonnance ayant pour effet de désigner les défendeurs nommés qui s'opposaient aux demandes des demandereses comme représentants de tous les vendeurs de montres d'imitation non nommés. Un autre juge a accordé une ordonnance modifiant l'intitulé de la cause en ajoutant comme défendeurs «John Doe et Jane Doe et toutes les autres personnes inconnues des demandereses qui vendent, importent, promeuvent, fabriquent ou distribuent» des montres d'imitation Rolex. Au début de l'instruction, l'avocat des demandereses a déposé un consentement au jugement signé par Redman, un des défendeurs nommés. L'autre défendeur, Pahmer, n'a pas comparu et n'était pas représenté non plus. Le consentement au jugement devait s'appliquer à John et Jane Doe et à tous les autres contrevenants inconnus.

Conformément à la Règle 495(1)a, le juge a ordonné la tenue de l'instruction. Les demandereses devaient donc établir leur cause même si leurs témoins n'étaient pas soumis à des contre-interrogatoires. La Cour a accepté en preuve les affidavits d'une personne qui travaille depuis

the plaintiff Canadian company and of another lawyer concerning the unauthorized sales across Canada and the efforts undertaken to prevent the sale of counterfeit watches by Toronto street vendors. Witnesses testified as to watches being sold at tables, from cases and vans at street locations. These street vendors used "runners" who would warn them of the impending arrival of sheriff's officers. An experienced watchmaker identified as imitations watches bearing the Rolex trade-mark which had been sold by the defendant, Pahmer. The Vice President Marketing of the plaintiff Canadian company gave evidence as to the promotion of the Rolex line as luxury products and the receipt of repair requests made by the owners of bogus watches.

His Lordship found as a fact that the plaintiffs' rights had been infringed and that the sale of imitation Rolex watches was likely to mislead the public. These sales were by street vendors with no fixed business address and therefore not easily identified. This made it difficult for the plaintiffs to protect their rights through legal proceedings. The plaintiffs had not acquiesced in or condoned this activity from which they had suffered damage. Finally, the importation of imitation Rolex watches contravened section 52 of the Trade-marks Act.

The plaintiffs were entitled to a permanent injunction, an order prohibiting importation of imitation Rolex watches, an accounting of profits and payment of same as damages and a declaration of sole trade-mark user. Plaintiffs were authorized to apply for the appointment of a referee under Rules 480 and 500 to determine Pahmer's profits. This was not a case for an award of punitive damages. Costs were, however, awarded against Pahmer on a solicitor and client basis in view of

longtemps pour la société demanderesse canadienne comme avocat et secrétaire-trésorier et l'affidavit d'un autre avocat concernant les ventes autorisées un peu partout au Canada et les efforts déployés pour empêcher la vente de montres contrefaites par des marchands ambulants de Toronto. Des témoins ont déclaré avoir observé la vente de montres à des tables, depuis des vitrines et des camionnettes sur la rue. Ces marchands ambulants disposaient de «messagers» qui les prévenaient de l'arrivée imminente de représentants du shérif. Un fabricant de montres expérimenté a identifié des montres d'imitation portant la marque de commerce Rolex, lesquelles montres avaient été vendues par le défendeur Pahmer. Le vice-président de la commercialisation de la société demanderesse canadienne a témoigné au sujet de la promotion de la gamme de produits Rolex comme produits de luxe et de la réception de demandes de réparation de la part de propriétaires de montres contrefaites.

Le juge a conclu que les droits des demandereses avaient été violés et que la vente de montres d'imitation Rolex était susceptible de tromper le public. Ces ventes étaient faites par des marchands ambulants qui n'avaient aucune adresse commerciale permanente et qu'il n'était pas facile de repérer. Il était donc difficile pour les demandereses de protéger leurs droits en intentant des poursuites judiciaires. Les demandereses n'ont pas accepté ou toléré cette activité qui leur a causé un préjudice. Enfin, l'importation de montres d'imitation Rolex était contraire à l'article 52 de la Loi sur les marques de commerce.

Il a été décidé que les demandereses avaient le droit d'obtenir une injonction permanente, une ordonnance interdisant l'importation de montres d'imitation Rolex, une comptabilisation des profits et le paiement de ceux-ci à titre de dommages-intérêts ainsi qu'une déclaration du fait qu'elles sont les seuls usagers inscrits des marques de commerce. En outre, les demandereses étaient autorisées à demander la nomination d'un arbitre conformément aux Règles 480 et 500 pour déterminer le montant des profits de Pahmer. Il ne s'agissait pas d'un cas où il y avait lieu d'accorder des dommages-intérêts punitifs. Cependant, les dépens procureur-client ont été adjugés contre Pahmer, compte tenu de son attitude

his cavalier disdain for the plaintiffs' rights as well as for an order of the Federal Court.

Relief in relation to persons unknown, including John Doe and Jane Doe

In addition to relief against named defendants, the plaintiffs seek relief principally in the form of a permanent injunction and an order under subsection 52(4) of the Act which would prohibit unauthorized use of their trade-marks in Canada by the importation of wares not of their manufacture or merchandise but bearing their trade-marks or replicas of them. Supporting orders calling upon police or customs officers to assist the plaintiffs' solicitors in enforcement of the main orders claimed are also sought. The main orders sought are claimed to prevent prohibited activities of persons unknown and unidentified which activities infringe upon the plaintiffs' exclusive rights under their registered trade-marks.

The bases of the claim by the plaintiffs for an order that would bind persons unknown are essentially two. The first is the difficulties they have faced in seeking to protect their lawful interests under registered trade-marks in circumstances where the activities of those said to infringe their rights are so fluid and mobile that traditional procedures, including orders of the court are less effective than in more regular marketing and business circumstances. The second is the form and earlier procedures in this action which they have sought from its initiation to structure as a class action. As earlier noted the original style of cause included as defendants certain persons named "on behalf of themselves and on behalf of all others selling, offering for sale, importing, advertising" imitation Rolex wares. Later, the plaintiffs applied for an order that the named defendants Redman and Pahmer, who were defending the action, be deemed to represent the class of all others engaged in unauthorized use of the Rolex and Crown Design trade-marks, and before the decision of Jerome A.C.J. [T-2355-86, order dated 11/2/88 not reported] dismissing their application, they had also obtained an order [T-2355-86, Collins J., order dated 11/1/88, not reported] adding as

méprisante à l'égard des droits des demandereses et d'une ordonnance de la Cour fédérale.

Réparation à l'égard des personnes inconnues, y compris John Doe et Jane Doe

a En plus de la réparation demandée contre les défendeurs nommés, les demandereses désirent obtenir un redressement principalement sous forme d'une injonction permanente et d'une ordonnance fondée sur le paragraphe 52(4) de la Loi afin d'interdire l'utilisation non autorisée de leurs marques de commerce au Canada par l'importation de marchandises qui ne sont pas fabriquées ou promues par elles, mais qui portent leurs marques de commerce ou des reproductions de celles-ci. Des ordonnances accessoires enjoignant aux policiers ou aux agents de douane d'aider les avocats des demandereses à exécuter les ordonnances principales sont également demandées. Les ordonnances principales qui sont demandées visent à prévenir les activités interdites de la part de personnes inconnues et non identifiées, lesquelles violent les droits exclusifs que possèdent les demandereses en vertu de leurs marques de commerce déposées.

b Deux arguments sont invoqués à l'appui de la demande d'ordonnance liant des personnes inconnues. Les demandereses invoquent d'abord les problèmes qu'elles ont éprouvés dans le passé lorsqu'elles ont cherché à protéger leurs intérêts légitimes découlant de marques de commerce déposées, étant donné que les activités des personnes visées par les allégations de contrefaçon sont tellement fluides et mobiles que les méthodes traditionnelles, y compris des ordonnances de la Cour, ne sont pas aussi efficaces que s'il s'agissait d'activités commerciales plus régulières. Les demandereses ajoutent que, d'après la forme du présent litige et les procédures engagées plus tôt en l'espèce, elles désiraient dès le départ tenter un recours collectif. Comme je l'ai mentionné plus haut, l'intitulé de la cause initial incluait comme défendeurs certaines personnes nommées «pour leur compte et pour le compte de toutes les autres personnes qui vendent, offrent en vente, importent, promeuvent» des montres d'imitation Rolex. Puis, les demandereses ont demandé une ordonnance ayant pour effet de faire déclarer que les défendeurs nommés Redman et Pahmer, qui contestaient l'action, représentaient le groupe de toutes les autres personnes qui utilisent de façon non autorisée les marques de commerce

defendants in the action, and amending the style of cause to include, "John Doe and Jane Doe, and all others unknown to the plaintiffs who sell, import, advertise, manufacture or distribute any wares in association with the name Rolex or the Crown Design . . . when the same are not of the plaintiffs' manufacture or merchandise".

The plaintiffs urge that at the time of trial the circumstances for considering this action as one against a class of defendants were different from those prevailing when their application was introduced in November 1987 and dismissed in February 1988, by the learned Associate Chief Justice. Then the named defendants Redman and Pahmer objected to any status as representing others unknown to the plaintiffs, or to themselves. Now Redman consents to an order directed to John and Jane Doe and others unknown, and Pahmer does not appear to defend their claims or to object at trial. On this aspect of the plaintiffs' argument I am not persuaded that these circumstances are now so changed that I should differ from the earlier decision of Jerome A.C.J. concerning the status of Redman and Pahmer. Redman's consent to judgment does not include consent that he represent others, and there is no suggestion that Pahmer has in fact consented to any such status.

Even if they had consented to represent others that would not resolve the matter. Counsel for the plaintiffs urged that Rule 1711 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663] merely requires that the interests of defendants be the same for the Court to treat certain designated persons as representatives of a class. Here it is urged the class of persons unknown or unidentified is not the world at large but only those "others selling, offering for sale, importing, advertising, manufacturing or distribu-

Rolex et le motif représentant une couronne et, avant que le juge en chef adjoint Jerome ne rejette leur demande [T-2355-86, ordonnance en date du 11-2-88, non publiée], elles avaient également obtenu une ordonnance [T-2355-86 juge Collins, ordonnance en date du 11-1-88, non publiée] ayant pour effet de modifier l'intitulé de la cause et d'ajouter comme défendeurs à l'action «John Doe et Jane Doe et toutes les autres personnes inconnues des demanderessees qui vendent, importent, promeuvent, fabriquent ou distribuent toutes marchandises en liaison avec le nom Rolex ou le motif représentant une couronne . . . lorsqu'il ne s'agit pas de marchandises fabriquées ou promues par les demanderessees».

Les demanderessees soutiennent que, lors de l'instruction, les circonstances à examiner pour considérer l'action comme un recours contre une catégorie de défendeurs étaient différentes de celles qui prévalaient lorsque leur demande a été présentée en novembre 1987 et rejetée en février 1988 par le savant juge en chef adjoint. À cette époque, les défendeurs nommés Redman et Pahmer se sont opposés à tout statut faisant d'eux des représentants d'autres personnes inconnues des demanderessees ou d'eux-mêmes. Aujourd'hui, Redman consent à une ordonnance visant John et Jane Doe et les autres personnes inconnues et Pahmer ne comparait pas pour contester les demandes des demanderessees ou pour s'opposer au cours de l'instruction. À cet égard, je ne suis pas convaincu que les circonstances ont tellement changé maintenant que je devrais rendre une décision différente de celle qu'a rendue le juge en chef adjoint Jerome au sujet du statut de Redman et Pahmer. En consentant au jugement, Redman n'a pas consenti à représenter d'autres personnes et aucun élément de la preuve ne permet de dire que Pahmer a effectivement consenti à ce statut.

Même s'ils avaient consenti à représenter d'autres personnes, la question ne serait pas réglée pour autant. L'avocat des demanderessees a soutenu que la Règle 1711 [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663] exige simplement que les intérêts des défendeurs soient les mêmes pour que la Cour considère certaines personnes désignées comme des représentants d'un groupe de personnes. En l'espèce, on allègue que la catégorie de personnes inconnues ou non identifiées n'est pas le

ting any wares in association with the name Rolex or the Crown Design (the registered trade-marks herein) when the same are not of the plaintiffs' manufacture or merchandise". It is urged that Pahmer at least ought to be treated at this stage, at the conclusion of trial, as representative of this class.

Counsel urged that Rule 1711 not be rigidly applied (see: *Government of Canada v. Perry et al.* (1981), 41 N.R. 91 (F.C.A.) per Ryan J. at pages 99-102); and *John v. Rees*, [1970] Ch. 345, at page 370; [1969] 2 All E.R. 274, at pages 282-283 per Megarry J.); that the Court might appoint a representative of a class of defendants even where the proposed representative objected (*Wood v. McCarthy*, [1893] 1 Q.B. 775 (Eng.); though a representative might not be deemed appropriate to stand for other defendants in an action for a debt owed (*Walker v. Sur*, [1914] 2 K.B. 930 (C.A.)). Counsel also relied upon the principles and criteria related to class actions as set out in *Butler et al. v. Regional Assessment Commissioner, Assessment Region No. 9* (1982), 39 O.R. (2d) 365 (H.C.); and by *General Motors of Canada Ltd. v. Naken et al.*, [1983] 1 S.C.R. 72. It was urged that the circumstances of this case warranted treatment of Pahmer as representative of others unknown, as described in the style of cause.

I am not persuaded that this is a proper case in which to consider one named defendant, Pahmer, to be representative of all others unknown who are engaged in activities complained of by the plaintiffs. Many of the cases dealing with class actions deal with situations where the proposed class members have had some association before the action, for example, membership in a trade union or an unincorporated association. Many also concern plaintiffs as a class. Even in these cases an important criterion in relation to the application of Rule 1711, and like rules, is that the interest in question of all those in the proposed class be common or the same. (See: *Smith v. Cardiff*

grand public, mais seulement les personnes «qui vendent, offrent en vente, importent, promeuvent, fabriquent ou distribuent des marchandises en liaison avec le nom Rolex ou le motif représentant une couronne (les marques de commerce déposées aux présentes), lorsqu'il ne s'agit pas de marchandises fabriquées ou promues par les demanderesse». On fait valoir que, Pahmer, à tout le moins, devrait être considéré à ce stade-ci, à la fin du procès, comme un représentant de cette catégorie.

L'avocat a précisé que la Règle 1711 ne devrait pas être appliquée de façon stricte (voir *Gouvernement du Canada c. Perry et autres* (1981), 41 N.R. 91 (C.A.F.), le juge Ryan, aux pages 99 à 102); et *John v. Rees*, [1970] Ch. 345, à la page 370; [1969] 2 All E.R. 274, aux pages 282 et 283, le juge Megarry); que la Cour peut nommer un représentant d'une catégorie de défendeurs, même lorsque le représentant proposé s'oppose à cette nomination (*Wood v. McCarthy*, [1893] 1 Q.B. 775 (Angl.), bien qu'il ne soit peut-être pas approprié qu'un défendeur représente tous les autres défendeurs dans une action en remboursement d'une dette (*Walker v. Sur*, [1914] 2 K.B. 930 (C.A.)). L'avocat a également invoqué les principes et critères relatifs aux recours collectifs qui sont énoncés dans *Butler et al. v. Regional Assessment Commissioner, Assessment Region No. 9* (1982), 39 O.R. (2d) 365 (H.C.); et dans *General Motors of Canada Ltd. c. Naken et autres*, [1983] 1 R.C.S. 72. Il a soutenu qu'en l'espèce, compte tenu des circonstances, il y avait lieu de considérer Pahmer comme un représentant de toutes les autres personnes inconnues, suivant la description de l'intitulé de la cause.

Je ne suis pas convaincu qu'il s'agit ici d'un cas approprié où l'on peut considérer un défendeur nommé, en l'occurrence, Pahmer, comme le représentant de toutes les autres personnes inconnues qui poursuivent les activités reprochées par les demanderesse. Bon nombre de cas concernant des recours collectifs portent sur des situations où les membres de la catégorie en question avaient un lien quelconque entre eux avant l'action, par exemple, un lien sous forme d'adhésion à un syndicat ou à une association. Bon nombre concernent également les demandeurs comme catégorie. Même dans ces cas-là, un des critères importants aux fins de l'application de la Règle 1711 et des règles

Corp., [1953] 2 All E.R. 1373 (C.A.); *General Motors of Canada Ltd. v. Naken et al.*, *supra.*)

Here there is no persuasive argument that, viewed from any perspective other than that of the plaintiffs, the proposed class of defendants has any common or same interest. Where there is a possibility of different defences, a class action binding prospective defendants is inappropriate. (See: *Kiist v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1982] 1 F.C. 361 (C.A.); *Heath Steele Mines Limited v. Kelly and Astle* (1978), 22 N.B.R. (2d) 619 (C.A.)) A key factor in recognizing representatives for a proposed class of defendants may well be reasonable confidence on the part of the Court that the representatives will defend the common or same interest of members of the class concerned. Without this there can be little confidence that the purpose of rules supporting class actions can be met, that is that a multiplicity of actions will be avoided and litigation will proceed in an orderly fashion that is acceptable to all the persons who may be affected. Without that confidence it may be inferred that a member of a proposed class of defendants may not be bound by a judgment consented to by one of the class. (See: *McNair J., Montres Rolex S.A. v. Canada*, [1988] 2 F.C. 39 (T.D.), at page 51.) In this case the defendant Pahmer did not appear at trial to defend his own interests. In these circumstances, it is not appropriate that he be decreed representative of any class of others unknown.

If any others than defendants here identified are to be bound by the orders to issue following trial it will have to be by virtue of the orders extending to "John Doe and Jane Doe and all others". I turn to consider whether any order in the nature of a permanent injunction or an order prohibiting

similaires est la nécessité que l'intérêt en question de tous les membres de la catégorie proposée soit commun ou identique. (Voir *Smith v. Cardiff Corp.*, [1953] 2 All E.R. 1373 (C.A.); *General Motors of Canada Ltd. v. Naken et autres* précité.)

Dans la présente cause, il n'y a aucun élément indiquant de façon convaincante que, examinée d'un point de vue autre que celui des demanderes-
 b
 ses, la catégorie de défendeurs proposée a un intérêt commun ou identique. Lorsqu'il est possible que différents moyens de contestation soient invoqués dans une même cause, un recours collectif
 c
 liant des défendeurs éventuels est inapproprié. (Voir *Kiist c. Canadian Pacific Railway Co.*, [1982] 1 C.F. 361 (C.A.); *Heath Steele Mines Limited v. Kelly and Astle* (1978), 22 N.B.R. (2d) 619 (C.A.)) Un des facteurs-clés qui permet de
 d
 reconnaître les représentants d'une catégorie de défendeurs proposée est peut-être la conviction raisonnable, de la part de la Cour, que les représentants défendront l'intérêt commun ou identique des membres de la catégorie en question. Sans
 e
 cette conviction, il n'y a guère d'éléments permettant de croire que le but des règles à l'appui des recours collectifs peut être atteint, soit celui d'éviter une multiplicité des recours et d'assurer le déroulement de la cause d'une façon méthodique
 f
 et acceptable pour toutes les personnes pouvant être touchées. Si cet objectif n'est pas respecté, on pourra déduire qu'un membre d'une catégorie proposée de défendeurs ne sera pas nécessairement lié par un consentement au jugement de la part d'un
 g
 des membres de la catégorie. (Voir le juge *McNair, Montres Rolex S.A. c. Canada*, [1988] 2 C.F. 39 (1^{re} inst.), à la page 51.) En l'espèce, le défendeur Pahmer n'a pas comparu au cours de l'instruction pour défendre ses propres intérêts.
 h
 Dans ces circonstances, il ne convient pas de le nommer représentant d'une catégorie de personnes inconnues.

Si des personnes autres que les défendeurs nommés dans le présent litige doivent être liées par les ordonnances qui seront rendues à la suite du procès, ce sera en vertu des ordonnances s'appliquant à «John Doe et Jane Doe et à toutes les autres personnes». J'en arrive maintenant à la question de savoir si une ordonnance de la nature d'une injonction permanente ou une ordonnance

importation under subsection 52(4) of the Act should so extend in this case.

The inclusion of the names "John Doe" and "Jane Doe", and reference to "persons unknown", for defendants who are not identified by name when an action is commenced is not unusual. In this Court that practice has evolved particularly in regard to the protection of intellectual property interests, especially trade-marks, in circumstances where the identity of defendants is difficult if not impossible to determine at the time relief is sought. Relief granted against unidentified defendants described in this way has been limited, with few exceptions, to temporary orders of an interim or interlocutory nature pending trial. Ordinarily it provides for service of the order on persons found engaged in activities prohibited, with an explanation and an opportunity for them to contest the applicability of the order, and to be added as named defendants in advance of trial.

Interim orders in this case thus were directed to "others unknown" in addition to named defendants, even before John Doe and Jane Doe were added as defendants. In somewhat similar circumstances to these, interim and interlocutory orders were granted in *Cartier, Inc. v. John Doe* (1987), 13 C.I.P.R. 316 (F.C.T.D.) (and in *Cartier, Inc. v. Doe*, [1990] 2 F.C. 234 (T.D.) dealing with that case), and also in a later but similar case *Montres Rolex S.A. v. Lifestyles Imports Inc.* (1988), 23 C.P.R. (3d) 436 (F.C.T.D.). Another circumstance where relief has been sought and granted in relation to persons unknown, on a temporary basis pending trial or further hearing of the matter, has been where the trade-mark interests of promoters of concert performances or of satellite broadcasts of sports or entertainment features are threatened by unauthorized use. (See: *Krimson Corp. v. Persons Unknown* (T-1714-87, Jerome A.C.J., order dated 12/8/87, not reported).

interdisant l'importation en vertu du paragraphe 52(4) de la Loi devrait s'appliquer de cette façon en l'espèce.

L'inclusion des noms «John Doe» et «Jane Doe» et le renvoi à des «personnes inconnues» pour désigner les défendeurs qui ne sont pas identifiés par leur nom lorsqu'une action est intentée ne sont pas inhabituels. Dans les litiges intentés devant notre Cour, cette pratique est suivie notamment lorsqu'il s'agit de protéger des intérêts liés à la propriété intellectuelle, surtout des marques de commerce, dans les cas où il est difficile, sinon impossible, de déterminer l'identité des défendeurs au moment où la réparation est demandée. Le redressement accordé à l'encontre de défendeurs non identifiés et désignés de cette façon a été limité, sauf dans quelques cas, à des ordonnances de nature provisoire ou interlocutoire en vigueur jusqu'au procès. Habituellement, l'ordonnance en question doit être signifiée aux personnes reconnues coupables des activités prohibées et elle comporte une explication de la possibilité pour ces personnes de contester l'applicabilité de l'ordonnance et d'être ajoutées à titre de défendeurs nommés avant le procès.

Les ordonnances provisoires dans ce cas-ci ont donc été rendues contre «les autres personnes inconnues» en plus des défendeurs nommés, même avant que John Doe et Jane Doe ne soient ajoutés comme défendeurs. Dans des circonstances assez similaires à celles dont je suis actuellement saisi, des ordonnances provisoires et interlocutoires ont été prononcées dans *Cartier, Inc. c. John Doe* (1987), 13 C.I.P.R. 316 (C.F. 1^{re} inst.) (et dans *Cartier, Inc. c. Doe*, [1990] 2 C.F. 234 (1^{re} inst.) au sujet de la même affaire) ainsi que dans un jugement plus récent rendu dans la cause similaire de *Montres Rolex S.A. c. Lifestyles Imports Inc.* (1988), 23 C.P.R. (3d) 436 (C.F. 1^{re} inst.). En outre, un redressement a également été accordé à l'égard de personnes inconnues, temporairement jusqu'au procès ou jusqu'à l'audition subséquente de la cause, lorsque les intérêts liés aux marques de commerce des promoteurs de concerts ou de spectacles ou d'événements sportifs diffusés par satellite sont menacés d'une utilisation non autorisée (voir, par exemple, *Krimson Corp. c. Personnes inconnues* (T-1714-87, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 12-8-87, non publiée).

In two instances noted below relief granted in the form of orders under subsection 52(4) of the *Trade-marks Act*, prohibiting importation of counterfeit watches raised questions mainly about that section but implicitly they raise questions about the reach of court orders directed to John Doe, Jane Doe and others unidentified by their own names. I propose to discuss those cases (*Montres Rolex S.A.*, and *Cartier*, see below) in relation to subsection 52(4). For the moment it is sufficient to note that orders, in the first case referring to "all others unknown" in terms of the original style of cause in this action, and in the *Cartier* case directed to "John Doe and Jane Doe and other persons unknown", were held ineffective bases, in the absence of a trial, for an order for purposes of subsection 52(4) which require that importation be found to be contrary to the Act.

The plaintiffs referred in argument to Callmann on *The Law of Unfair Competition, Trademarks, and Monopolies* an American treatise, to certain Canadian cases dealing with actions where John or Jane Doe was defendant. Callmann discusses the increasingly widespread practice of including John Doe as defendant in circumstances where at the time of action the defendant is unidentified, a practice recognized to deal particularly with mobile vendors of wares which infringe the trademarks of others. The Canadian cases, dealing with other circumstances, included *Jackson v. Bubela et al.* (1972), 28 D.L.R. (3d) 500 (B.C.C.A.); and *Golden Eagle Liberia Ltd. et al. v. International Organization of Masters, Mates and Pilots*, [1974] 5 W.W.R. 49 (B.C.S.C.) where Hutcheon L.J.S.C. at page 52 refers to *Jackson* as indicating that at least in British Columbia "a plaintiff is not to be frustrated in his claim by a procedural requirement that the defendant be named where the circumstances are such that the name is not known or ascertainable." In *Dukoff et al. v. Toronto General Hospital et al.* (1986), 54 O.R. (2d) 58 (H.C.) Saunders J. allowed an appeal from the order of a Master who had permitted replacement of John Doe and Jane Doe with the names of persons employed by the hospital but not identified until after expiry of the limitation period

Deux cas indiqués ci-après, où sont accordés des redressements sous forme d'ordonnances fondées sur le paragraphe 52(4) de la *Loi sur les marques de commerce*, et interdisant l'importation de montres contrefaites, bien que soulevant principalement des questions concernant cette disposition, traitent aussi implicitement des questions sur la portée des ordonnances de la Cour rendues contre John Doe, Jane Doe et d'autres personnes non désignées par leurs propres noms. J'ai l'intention d'examiner ces causes-là (*Montres Rolex S.A.* et *Cartier*, voir plus loin) à la lumière du paragraphe 52(4). Pour l'instant, il me suffit de mentionner que les ordonnances rendues, dans le premier cas, contre «toutes les autres personnes inconnues» selon l'intitulé de la cause initial en l'espèce, et contre «John Doe et Jane Doe et les autres personnes inconnues» dans l'arrêt *Cartier*, ont été considérées comme des fondements non valables, en l'absence de procès, d'une ordonnance sous le régime du paragraphe 52(4), selon lequel l'importation doit être jugée contraire à la Loi.

Au cours de leurs plaidoiries, les demandereses ont cité le traité américain de Callmann intitulé *The Law of Unfair Competition, Trademarks and Monopolies* et certains arrêts canadiens portant sur des actions où John ou Jane Doe était défendeur. Callmann traite de la pratique de plus en plus répandue d'inclure John Doe comme défendeur dans les cas où, au moment de l'introduction de l'action, le défendeur n'est pas identifié, laquelle pratique est suivie notamment dans le cas des vendeurs ambulants de marchandises qui violent les marques de commerce de tiers. Les arrêts canadiens, qui portent sur d'autres circonstances, comprenaient *Jackson v. Bubela et al.* (1972), 28 D.L.R. (3d) 500 (C.A.C.-B.); et *Golden Eagle Liberia Ltd. et al. v. International Organization of Masters, Mates and Pilots*, [1974] 5 W.W.R. 49 (C.S.C.-B), où le juge Hutcheon, juge adjoint de la Cour suprême, indique à la page 52 que, d'après l'arrêt *Jackson*, du moins en Colombie-Britannique, [TRADUCTION] «il ne faut pas débouter un demandeur de son action pour le simple motif que, selon les règles de procédure, le défendeur doit être nommé, lorsque les circonstances sont telles que le nom n'est pas connu et ne peut l'être». Dans *Dukoff et al. v. Toronto General Hospital et al.* (1986), 54 O.R. (2d) 58 (H.C.), le juge Saunders a accueilli l'appel d'une ordonnance d'un protono-

in a claim for medical malpractice. In both *Jackson* and *Dukoff* reference is made to *Davies v. Elsby Brothers, Ltd.*, [1960] 3 All E.R. 672 (C.A.); there Devlin L.J. said at page 676 in discussing the English rule permitting change of names where there is said to be a misnomer in original description of the parties:

The test must be: How would a reasonable person receiving the document take it? If, in all the circumstances of the case and looking at the document as a whole, he would say to himself: "Of course it must mean me, but they have got my name wrong", then there is a case of mere misnomer. If, on the other hand, he would say: "I cannot tell from the document itself whether they mean me or not and I shall have to make inquiries", then it seems to me that one is getting beyond the realm of misnomer.

All of the cases to which I have been referred, except the two cases to be discussed in relation to orders under subsection 52(4), seem clearly to deal with John Doe and Jane Doe as defendants for a limited time, that is until trial of the matter. The use of such names generally permits, under Court order, a plaintiff to add the names of defendants as these become identified up to the time of trial. An order issued at the conclusion of trial as an order finally disposing of the matter does not then generally include John Doe or Jane Doe or others unknown. The use of obviously fictitious names for, and reference to, persons unknown appears to have been limited in practice for temporary purposes, to facilitate progress with a plaintiff's claim for relief while the identity of defendants is clarified, pending trial.

By the statement of claim and in argument the plaintiffs sought by attempting to structure a class action against persons unknown, and by the addition of "John Doe and Jane Doe and all others unknown" engaged in certain described activities to have orders issued that would bind persons unknown, without express reference to time constraints or the existence of those persons or their

taire qui avait permis que les noms John Doe et Jane Doe soient remplacés par les noms des personnes qui travaillaient à l'hôpital, mais qui n'avaient pas été identifiées avant l'expiration du délai de prescription relatif à une action pour faute professionnelle médicale. Dans les arrêts *Jackson* et *Dukoff*, on cite le jugement rendu dans *Davies v. Elsby Brothers, Ltd.*, [1960] 3 All E.R. 672 (C.A.), où le lord juge Devlin parlant de la règle anglaise qui permet de modifier les noms lorsqu'on soutient qu'une erreur s'est glissée dans la description initiale des parties, a dit ce qui suit à la page 676:

[TRADUCTION] Le critère à appliquer est le suivant: Que penserait une personne raisonnable en recevant le document? Si, dans toutes les circonstances de la cause, examinant l'ensemble de ce document, cette personne se dit «bien sûr, ce doit être moi, mais ils ont mal écrit mon nom», il s'agira alors d'une simple erreur de nom. D'autre part, si elle dit «Je ne peux savoir en examinant le document lui-même si on me désigne moi et je devrai faire des recherches», il me semble que ce n'est plus un simple cas d'erreur de nom.

À l'exception des deux causes dont je parlerai plus loin et qui concernent des ordonnances fondées sur le paragraphe 52(4), toutes les causes qui m'ont été mentionnées ne semblent manifestement porter sur John Doe et Jane Doe comme défendeurs que pour un certain temps, c'est-à-dire jusqu'à l'instruction de la cause. L'utilisation de ces noms permet généralement à un demandeur, suivant une ordonnance de la Cour, d'ajouter les noms des défendeurs au fur et à mesure qu'ils sont identifiés jusqu'au moment de l'instruction. Une ordonnance rendue à l'issue du procès et statuant sur le litige de façon définitive n'inclut généralement pas alors John Doe ou Jane Doe ou encore d'autres personnes inconnues. L'utilisation de noms manifestement fictifs pour désigner des personnes inconnues semble s'être limitée, en pratique, à une utilisation temporaire pour faciliter l'évolution de la cause du demandeur pendant que l'identité des défendeurs est clarifiée, jusqu'à l'instruction.

Dans leur déclaration et au cours des plaidoiries, les demanderesses ont cherché, en tentant de classer l'action comme recours collectif contre des personnes inconnues et en faisant ajouter «John Doe et Jane Doe et toutes les autres personnes inconnues» qui poursuivent certaines activités décrites, à obtenir des ordonnances qui lieraient des personnes inconnues sans faire expressément

engagement in activities complained of at the time of trial. I do not accept that such an order would be consistent with the practice of this Court.

On the other hand, circumstances may warrant an order, at least one in the nature of a permanent injunction that extends to some persons unknown in addition to named defendants provided that the circumstances are exceptional and the order is expressly limited to conditions that are not inconsistent in basic purpose and in principle with established practice.

Only exceptional circumstances would warrant the issue of an order at this stage, following trial, directed to John Doe, Jane Doe and persons unknown. On the evidence adduced at trial and considering the circumstances of this and similar actions relating to the sale, distribution, importation and advertising of counterfeit watches in imitation of those of the plaintiffs, I am persuaded that the circumstances here are exceptional. These circumstances include the difficulty faced by the plaintiffs, and others in their position, in seeking to protect their exclusive trade-mark interests through the usual legal remedies under the *Trade-marks Act* for the remedies are largely frustrated by the activities of those who knowingly infringe upon the plaintiffs' interests including the importation of imitation wares bearing the plaintiffs' registered trade-marks or facsimiles of them. They do this in the expectation that the nature and mobility of their operations effectively reduces the likelihood that legal remedies will seriously affect them adversely. At the same time, by infringing activities they seriously undercut the exclusive rights of the plaintiffs and for the long term the plaintiffs' claim to exclusive use under registered trade-marks.

The circumstances are, in my view, sufficiently exceptional to warrant an order extending to persons unknown. Yet that order must be consistent with underlying principles of existing practice including the minimizing of litigation and expenses

mention de limites de temps, de l'existence de ces personnes ou de leur participation aux activités reprochées au moment de l'instruction. Je ne crois pas que ce genre d'ordonnance serait compatible avec la pratique de notre Cour.

D'autre part, certaines circonstances peuvent justifier l'octroi d'une ordonnance, du moins une ordonnance d'injonction permanente qui s'appliquerait à des personnes inconnues en plus des défendeurs nommés, pourvu que les circonstances soient exceptionnelles et que l'ordonnance se limite expressément à des conditions qui ne sont pas incompatibles avec la pratique établie sur le plan de l'objectif fondamental et du principe.

Seules des circonstances exceptionnelles justifiaient la délivrance d'une ordonnance à ce stade-ci, après l'instruction, à l'encontre de John Doe, Jane Doe et des personnes inconnues. D'après la preuve présentée à l'instruction et les circonstances du présent litige et d'actions similaires concernant la vente, la distribution, l'importation et la promotion de montres imitant celles des demanderesse, je suis convaincu que les circonstances en l'espèce sont exceptionnelles. Ces circonstances comprennent les problèmes que les demanderesse et d'autres personnes dans leur position ont éprouvés lorsqu'elles ont tenté de protéger leurs droits exclusifs liés aux marques de commerce en intentant les recours habituels prévus à la *Loi sur les marques de commerce*, étant donné que les redressements ne permettent à peu près pas de mettre un terme aux activités de ceux qui violent sciemment les intérêts des demanderesse, notamment l'importation de marchandises d'imitation portant les marques de commerce déposées des demanderesse ou des reproductions de celles-ci. Ils le font en sachant qu'en raison de la nature et de la mobilité de leurs activités, il y a peu de chances que les recours juridiques leur causent un grave préjudice. Au même moment, leurs activités constituent une entrave sérieuse aux droits exclusifs des demanderesse et, à long terme, à la revendication de celles-ci relativement à l'utilisation exclusive des marques de commerce déposées.

À mon sens, les circonstances sont suffisamment exceptionnelles pour justifier la délivrance d'une ordonnance s'appliquant à des personnes inconnues. D'autre part, cette ordonnance doit être compatible avec les principes sous-jacents de la prati-

attendant upon it, ensuring that the activities complained of have taken place and are unlawful, that persons allegedly involved have been engaged in them before the time of trial of the action, and ensuring that any person identified after trial as an intended John Doe or Jane Doe has opportunity to be heard in relation to the applicability of the order to him or her before the order is enforced against him or her. These conditions ensure that the person unknown is in existence and engaged in the activities infringing the plaintiffs' rights at the time of trial of the action. Implicitly they also ensure that there is a time limit on adding possible "defendants" identified after trial to whom the order will apply by reference to the limitation period for action to restrain infringement. Such terms are, in my opinion, appropriate in this case in relation to the order for a permanent injunction sought against John Doe or Jane Doe and others unknown.

The other primary order sought by the plaintiffs in this action was one under subsection 52(4) of the Act. Section 52 of the *Trade-marks Act* and section 114 of the *Customs Tariff* [R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 41], together with Schedule VII, Code 9967, are interrelated. The *Customs Tariff* provisions are:

PROHIBITED GOODS

114. The importation into Canada of any goods enumerated or referred to in Schedule VII is prohibited.

SCHEDULE VII

Code	Prohibited Goods
------	------------------

9967	Any goods, in association with which there is used any description that is false in a material respect as to the geographical origin of the goods or the importation of which is prohibited by an order under section 52 of the <i>Trade Marks Act</i> .
------	--

Subsections 52(1) and (4) provide for orders prohibiting importation. Because the plaintiffs argued that there was significant change in the section from its predecessor at the time of re-enactment in

que actuelle, y compris la nécessité de minimiser les litiges et les frais s'y rapportant, de s'assurer que les activités reprochées ont été poursuivies et sont illégales et que les personnes accusées d'avoir participé à ces activités l'ont fait avant l'instruction de la cause, et de veiller à ce que toute personne identifiée après le procès comme étant un John Doe ou une Jane Doe visé ait la possibilité d'être entendue au sujet de l'applicabilité de l'ordonnance avant que celle-ci ne soit exécutée contre elle. Ces conditions permettent de s'assurer que la personne inconnue existe et poursuit les activités qui violent les droits des demandereses au moment de l'instruction de la cause. Elles permettent également, implicitement, de s'assurer qu'il existe une limite de temps à l'ajout de «défendeurs» possibles qui sont identifiés après le procès et auxquels l'ordonnance s'appliquera par renvoi au délai de prescription des actions visant à restreindre la contrefaçon. À mon avis, ces conditions sont appropriées en l'espèce à l'égard de l'ordonnance d'injonction permanente demandée contre John Doe ou Jane Doe et les autres personnes inconnues.

L'autre ordonnance principale demandée par les demandereses dans la présente cause est une ordonnance fondée sur le paragraphe 52(4) de la Loi. L'article 52 de la *Loi sur les marques de commerce* et l'article 114 du *Tarif des douanes* [L.R.C. (1985) (3^e suppl.), chap. 41] ainsi que l'annexe VII, Code 9967, sont reliés entre eux. Voici le texte de l'article 114 du *Tarif des douanes*:

MARCHANDISES PROHIBÉES

114. L'importation au Canada des marchandises dénommées ou visées à l'annexe VII est prohibée.

ANNEXE VII

Code	Marchandises prohibées
------	------------------------

9967	Tout produit au sujet duquel une désignation est utilisée qui est fautive sous un rapport important quant à son origine géographique ou dont l'importation a été interdite par un décret pris en vertu de l'article 52 de la <i>Loi sur les marques de commerce</i> .
------	---

Les paragraphes 52(1) et (4) prévoient que des ordonnances interdisant l'importation peuvent être rendues. Comme les demandereses ont soutenu que l'article a subi des modifications importantes

the 1985 Revised Statutes, c. T-13, (enacted in 1986) the following text includes words I have underlined to indicate words inserted in the 1985 Revised Statutes and editorial notes to the right of the text indicate words from the predecessor statute (R.S.C. 1970, c. T-10, s. 52):

R.S.C., 1985, c. T-13, s. 52
(words inserted underlined)

52. (1) Where it is made to appear to a court of competent jurisdiction that any registered trade-mark or any trade-name has been applied to any wares that have been imported into Canada or are about to be distributed in Canada in such a manner that the distribution of the wares would be contrary to this Act, or that any indication of a place of origin has been unlawfully applied to any wares, the court may make an order for the interim custody of the wares, pending a final determination of the legality of their importation or distribution in an action commenced within such time as is prescribed by the order.

(4) Where in any action under this section the court finds that the importation is or the distribution would be contrary to this Act, it may make an order prohibiting the future importation of wares to which the trade-mark, trade-name or indication of origin has been applied.

At trial counsel for the plaintiffs submitted that the changes introduced by the amendments to the wording of section 52 in the 1985 Revised Statutes made the statute considerably broader in its application than its predecessor as considered by President Jackett, as he then was, in *Adidas*

R.S.C. 1970, c. T-10, s. 52
(notations about changes to 1985 text)

such, replaced by "the"

such, replaced by "any"
"under this section" inserted 1985

such, replaced by "the"
such, replaced by "the"

such, replaced by "the"

so, deleted before "applied"

lors de l'adoption de sa nouvelle version dans les Lois révisées de 1985, chap. T-13 (adopté en 1986), j'ai reproduit ci-après la version anglaise de la disposition et je souligne les mots insérés dans les Lois révisées de 1985; j'ajoute aussi des commentaires à droite pour indiquer les changements par rapport à la loi précédente (S.R.C. 1970, chap. T-10, art. 52):

L.R.C. (1985), chap. T-13,
art. 52
(les mots insérés sont soulignés)

52. (1) *Where it is made to appear to a court of competent jurisdiction that any registered trade-mark or any trade-name has been applied to any wares that have been imported into Canada or are about to be distributed in Canada in such a manner that the distribution of the wares would be contrary to this Act, or that any indication of a place of origin has been unlawfully applied to any wares, the court may make an order for the interim custody of the wares, pending a final determination of the legality of their importation or distribution in an action commenced within such time as is prescribed by the order.*

(4) *Where in any action under this section the court finds that the importation is or the distribution would be contrary to this Act, it may make an order prohibiting the future importation of wares to which the trade-mark, trade-name or indication of origin has been applied.*

S.R.C. 1970, chap. T-10, art. 52
(notes au sujet des modifications apportées au texte de 1985)

«the» remplace «such»

«any» remplace «such».
Les mots «under this section» ont été ajoutés en 1985.
«the» remplace «such».
«the» remplace «such».

«the» remplace «such».

Le mot «so» qui apparaissait avant le mot «applied» a été rayé.

Au cours de l'instruction, l'avocat des demanderesse a soutenu qu'à la suite des modifications apportées au libellé de l'article 52 dans les Lois révisées de 1985, la Loi a une portée beaucoup plus large que la Loi précédente, que le président Jackett (tel était alors son titre) a examinée dans

Sportschuhfabriken Adi Dassler K. G. et al. v. Kinney Shoes of Canada Ltd., E'Mar Imports Ltd., Third Party (1971), 19 D.L.R. (3d) 680 (Ex. Ct.), referred to below, and that it was now clearer that subsection 52(4) does not require a party to be named as defendant in an order under the section.

I am not persuaded that the change in wording introduced with the 1985 Revised Statutes is significant. Indeed, it would be contrary to the purposes and authority set out in the *Statute Revision Act*, R.S.C., 1985, c. S-20, and in the *Revised Statutes of Canada, 1985 Act*, R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 40, s. 4, which provide for statutory revision, if the changes were changes of substance. Yet before concluding whether an order under subsection 52(4) does not require a defendant to be named, as the plaintiffs submit, it may be useful to review *Adidas, supra*, and two recent cases relating to subsection 52(4), *Montres Rolex S.A., supra*, and *Cartier, Inc. v. Doe*, [1990] 2 F.C. 234 (T.D.).

In *Adidas, supra*, the learned President was concerned with the terms of a judgment previously rendered on consent of the defendant which, after referring to consent of the parties, enjoined the defendant from further sale or distribution in Canada of footwear with stripes the same as depicted in the plaintiffs' registered trade-mark, and further provided in part [at page 682]:

2. The importation into Canada of footwear bearing three stripes the same as the Plaintiffs' trade mark registration number 161,856, not being the wares of or sold by the Plaintiffs, be and the same is hereby prohibited . . .

In commenting upon this paragraph and referring to the section [s. 51] of the *Trade Marks Act* [S.C. 1952-53, c. 49] comparable to the current section 52, Jackett P. referred to counsel for the plaintiffs objecting to any change in that paragraph of the judgment. Counsel had framed it in terms then considered acceptable to the customs authorities as an order under the subsection [subs. 51(4)] comparable to the current subsection 52(4)

l'arrêt *Adidas Sportschuhfabriken Adi Dassler K. G. et al. v. Kinney Shoes of Canada Ltd., E'Mar Imports Ltd., Third Party* (1971), 19 D.L.R. (3d) 680 (C. de l'É.), dont il sera question ci-après, et qu'il est maintenant plus évident que le paragraphe 52(4) n'exige pas qu'une partie soit nommée comme défendeur dans une ordonnance fondée sur cette disposition.

Je ne suis pas convaincu que le changement apporté au libellé dans les Lois révisées de 1985 est important. Effectivement, l'adoption de changements importants irait à l'encontre des buts et pouvoirs énoncés dans la *Loi sur la révision des lois*, L.R.C. (1985), chap. S-20, et dans la *Loi sur les Lois révisées du Canada (1985)*, L.R.C. (1985), (3^e suppl.), chap. 40, art. 4, qui prévoient la révision des textes de loi en cas de changements importants. Toutefois, avant de conclure que, aux fins d'une ordonnance sous le régime du paragraphe 52(4), il n'est pas nécessaire que les défendeurs soient nommés, comme les demandesses le soutiennent, il pourrait être utile d'examiner l'arrêt *Adidas*, précité et deux récents jugements portant sur le paragraphe 52(4), soit *Montres Rolex S.A.*, précité, et *Cartier, Inc. c. Doe*, [1990] 2 C.F. 234 (1^{re} inst.).

Dans l'affaire *Adidas*, précitée, le président a examiné les conditions d'un jugement antérieur qui avait été rendu à la suite du consentement de la défenderesse et dans lequel, après avoir fait allusion au consentement des parties, le tribunal a interdit à la défenderesse de vendre ou de distribuer au Canada des chaussures portant des bandes identiques à celles qui sont décrites dans la marque de commerce déposée des demandesses, et a ajouté ce qui suit [à la page 682]:

[TRADUCTION] 2. L'importation au Canada de chaussures portant trois bandes semblables à celles décrites à l'enregistrement numéro 161 856 de la marque de commerce des demandesses, qui ne seraient pas fabriquées ou vendues par celles-ci . . .

Commentant ce paragraphe et citant l'article [art. 51] de la *Loi sur les marques de commerce* [S.C. 1952-53, chap. 49] qui est comparable à l'article 52 actuellement en vigueur, le président Jackett a fait allusion à l'objection de l'avocat des demandesses à tout changement touchant ce paragraphe du jugement. L'avocat l'avait rédigé en des termes alors jugés acceptables pour les autorités des douanes comme ordonnance fondée sur le

requiring them to prevent importation by any person whereas an order directed to a named party would not be accepted by customs officers as such an order. He said in part (at pages 688, 690, 691 as noted in 19 D.L.R. (3d):

(Subject to the express authority in s. 51(5) to make an order for interim custody under s. 51(1) *ex parte*, my assumption would have been that none of the relief authorized by these provisions could be granted except as against a person who was a party to the proceedings in which the relief was sought and who had, as such, had an opportunity of meeting the case put to the Court in support of the claim for a judgment against him. That question as to whether ss. 51 and 52 are so limited does not have to be decided, in my view of the matter, at this time. . . [At p. 688.]

In my view, no Court would grant an application for a judgment based on the consent of one person and effective as against the world without being persuaded that there was some extraordinary power and duty, to grant such a judgment, and, in that unlikely event the situation would be spelled out in detail on the face of the judgment. To use Lord Macnaghten's language, it is hardly "decent" to attribute to the Court any other manner of dealing with such an extraordinary application.

Thus, as far as this particular matter is concerned, it is quite clear in my mind that if, when the application was made for this consent judgment, I had been asked to make an order under s. 51(4) effective as against all the world, I should have indicated that the applicant would have to convince me that the Court had, under s. 51(4), power to make an order against any person who had not been made a party to the proceeding and, thus, given an opportunity to defend himself. On at least one earlier occasion, I was told that such an application was contemplated and that was my immediate reaction. In addition, had the matter been pursued, I have no doubt that I would have required to be shown,

- (a) that the action falls within the words "such action" in s. 51(4), and
- (b) that the condition precedent to an order under s. 51(4) that the Court has found "that such importation is or such distribution would be contrary to this Act" had been satisfied. [At pp. 690-691.]

In *Adidas*, Jackett P. concluded that the consent judgment previously issued would be changed to delete reference to the prohibition of importation, because a consent judgment could not provide the basis for such an order. The principle underlying the decision was followed by my colleague, Mr. Justice McNair in *Montres Rolex S.A. v. Canada*, *supra*. That case arose out of earlier stages in this very action now tried. Earlier reference was made

paragraphe [par. 51(4)] comparable à l'actuel paragraphe 52(4), par laquelle elles devaient empêcher l'importation par toute personne, alors qu'une ordonnance rendue contre une partie nommée ne serait pas considérée comme une ordonnance de cette nature par les agents des douanes. Il s'est exprimé en partie comme suit aux pages 688, 690 et 691 apparaissant à 19 D.L.R. (3d):

[TRADUCTION] (Sous réserve du pouvoir exprès prévu au paragraphe 51(5) de rendre une ordonnance *ex parte* décrétant la garde provisoire en vertu du paragraphe 51(1), j'aurais supposé qu'aucun des redressements autorisés par ces dispositions ne pouvait être accordé si ce n'est à l'encontre d'une personne partie à l'action où l'on demandait le redressement et qui, à ce titre, connaissait les arguments soumis à la Cour à l'appui de la requête pour jugement déposée contre elle. Selon moi, il n'y a pas lieu de trancher en ce moment la question de savoir si les articles 51 et 52 sont ainsi limités . . . [À la p. 688.]

À mon avis, aucun tribunal n'accorderait une demande de jugement fondée sur le consentement d'une personne et devant avoir effet à l'égard de tout le monde sans être persuadé qu'il avait la compétence spéciale et le devoir d'accorder un tel jugement; dans ce cas peu probable, la situation serait expliquée en détail sur le jugement. Pour employer les termes de lord Macnaghten, il est «décevant» difficile d'attribuer à la Cour toute autre façon de traiter une demande aussi spéciale.

Donc, en ce qui concerne cette affaire, je suis convaincu que si, lorsque les parties ont présenté la demande de jugement par consentement, on m'avait demandé de rendre une ordonnance sous le régime de l'art. 51(4), valable à l'égard de tout le monde, j'aurais signalé que le requérant devait me convaincre que la cour avait, en vertu de l'art. 51(4), le pouvoir d'émettre une ordonnance contre toute personne qui n'avait pas été adjointe à l'instance et qui, par conséquent, n'avait pas eu l'occasion de se défendre. Une fois au moins, auparavant, cette demande m'a été faite et ce fut ma réaction immédiate. De plus, si on avait donné suite à l'affaire, j'aurais sans aucun doute exigé qu'on me démontre,

- a) que l'action correspondait aux termes «pareille action» de l'art. 51(4), et
- b) qu'était remplie la condition préalable à toute ordonnance rendue en vertu de l'art. 51(4) voulant que la Cour ait trouvé «que cette importation est contraire à la présente loi, ou que cette distribution serait contraire à la présente loi». [Aux p. 690-691.]

Dans l'arrêt *Adidas*, le président Jackett a décidé que le jugement par consentement précédemment rendu serait modifié de façon à ce que le renvoi à l'interdiction d'importation soit supprimé, parce qu'un jugement par consentement ne pouvait servir de fondement à une ordonnance de cette nature. Mon collègue, le juge McNair, a appliqué le principe sous-jacent à cette décision dans *Montres Rolex S.A. c. Canada*, précité. Cette cause-là

to the judgment granted by Giles A.S.P., in January 1987 [not reported] following consent to judgment by those of the defendants originally named in this action and the default in appearance or defence by two others. The judgment then granted provided in part:

1. The Defendants Brad Balshin, Hilda Balshin, Arthur Christodoulou, Shelly Michaels, Martin Herson and all others selling, offering for sale, importing, advertising, manufacturing, or distributing any wares in association with the name Rolex or the Crown Design being registered Trademarks No. 278,348, No. 208,437, No. 130/33476 and No. 78/19056 under the Trade Marks Act R.S.C. 1970, as amended, when the same are not of the Plaintiffs' manufacture or merchandise, be and the same are herein enjoined from:

(i) infringing the registered Trademarks No. 278,348, No. 208,437, No. 130/33476 and No. 78/19056;

(ii) directly or indirectly using the name Rolex or the Crown Design on or in connection with watches or other wares not of the Plaintiffs' manufacture or merchandise;

(iii) directly or indirectly in any way representing that the business of the Defendants is connected with the business of the Plaintiffs;

(iv) directly or indirectly selling, offering, exposing or advertising for sale or procuring to be sold or manufacturing or distributing any wares under the name Rolex or the Crown Design if the same are not of the Plaintiffs' manufacture or merchandise, or under any other name which by reason of colourable imitation of the word Rolex or the Crown Design or otherwise is calculated to represent or lead to the belief that such wares are the wares of the Plaintiffs if the same are not of the Plaintiffs' manufacture or merchandise;

2. The Defendants Brad Balshin, Hilda Balshin, Arthur Christodoulou, Shelly Michaels, Martin Herson and all others selling, offering for sale, importing, advertising, manufacturing, or distributing any wares in association with the name Rolex or the Crown Design, being registered Trademarks No. 278,348, No. 208,437, No. 130/33476 and No. 78/19056 under the Trade Marks Act, R.S.C. 1970, as amended, when the same are not of the Plaintiffs' manufacture or merchandise, be and the same are hereby prohibited from importing into Canada any watches or other wares bearing the registered Trademarks No. 278,348, No. 208,437, No. 130/33476 and No. 78/19056, to wit the name Rolex and the Crown Design, or any colourable imitation of the same which is calculated to represent or lead to the belief that such wares are the wares of the Plaintiffs, if the said trademarks or the said colourable imitation have been applied to watches or other wares that are not of the Plaintiffs' manufacture or merchandise.

découlait de mesures antérieures adoptées dans le présent litige. Il a été question plus tôt du jugement que le protonotaire chef adjoint Giles a rendu en janvier 1987 [non publié] à la suite du consentement au jugement de certains des défendeurs initialement nommés dans le litige et du défaut de comparaître et de plaider de deux autres. Le jugement alors accordé se lisait en partie comme suit:

1. Il est interdit aux défendeurs Brad Balshin, Hilda Balshin, Arthur Christodoulou, Shelly Michaels, Martin Herson et à tous les autres qui vendent, offrent en vente, importent, promeuvent, fabriquent ou distribuent toutes marchandises en liaison avec le nom Rolex ou le motif représentant une couronne, qui constituent les marques de commerce déposées n° 278 348, n° 208 437, n° 130/33476 et n° 78/19056 conformément à la Loi sur les marques de commerce, S.R.C. 1970, et ses modifications, lorsque lesdites marchandises ne sont pas fabriquées ou promues par les demandereses:

(i) de violer les marques de commerce déposées n° 278 348, n° 208 437, n° 130/33476 et n° 78/19056;

(ii) d'utiliser directement ou indirectement le nom Rolex ou le motif représentant une couronne sur ou en liaison avec des montres ou autres marchandises qui ne sont pas fabriquées ou promues par les demandereses;

(iii) de présenter en aucune façon, directement ou indirectement, les affaires des défendeurs comme reliées aux affaires des demandereses;

(iv) de vendre, d'offrir ou d'exposer en vente, de promouvoir, de faire vendre, de fabriquer ou de distribuer directement ou indirectement toutes marchandises sous le nom Rolex ou avec le motif représentant une couronne si lesdites marchandises ne sont pas fabriquées ou promues par les demandereses, ou sous tout autre nom qui, en raison de la contrefaçon du mot Rolex ou du motif représentant une couronne ou autrement, est de nature à indiquer ou à faire croire qu'il s'agit de marchandises des demandereses si lesdites marchandises ne sont pas fabriquées ou promues par les demandereses;

2. Il est interdit aux défendeurs, Brad Balshin, Hilda Balshin, Arthur Christodoulou, Shelly Michaels, Martin Herson et à tous les autres qui vendent, offrent en vente, importent, promeuvent, fabriquent ou distribuent toutes marchandises en liaison avec le nom Rolex ou le motif représentant une couronne, qui constituent les marques de commerce déposées n° 278 348, n° 208 437, n° 130/33476 et n° 78/19056 conformément à la Loi sur les marques de commerce, S.R.C. 1970, et ses modifications, lorsque lesdites marchandises ne sont pas fabriquées ou promues par les demandereses, d'importer au Canada toutes montres ou autres marchandises portant les marques de commerce déposées n° 278 348, n° 208 437, n° 130/33476 et n° 78/19056, à savoir le nom Rolex et le motif représentant une couronne, ou toute contrefaçon desdites marchandises qui est de nature à indiquer ou à faire croire qu'il s'agit de marchandises des demandereses, si on a apposé lesdites marques de commerce ou ladite contrefaçon sur des montres ou autres marchandises qui ne sont pas fabriquées ou promues par les demandereses.

The plaintiffs had sought to have the order enforced by customs officials without success and then sought *mandamus* to compel enforcement of the prohibition against imports. McNair J. declined to grant *mandamus*. He said (at [1988] 2 F.C., pages 49 and 53, respectively):

I am wholly in agreement with the opinion stated by the learned President of the Exchequer Court in *Adidas* to the effect that it is a necessary condition precedent to any discretionary order under subsection 52(4) that the Court find that the importation and distribution of the offending wares was contrary to the *Trade Marks Act*. There must be a final determination of the legality of the subject-matter complained of before there can be any subsection 52(4) order. As I see it, I am obliged in the circumstances of this case to take the matter one step further than *Adidas* and decide how and in what manner the Court must make such final determination.

In the result, I am of the opinion that the plain and natural meaning of the words employed in section 52 of the *Trade Marks Act* in context of its statutory scheme clearly import the mandatory requirement of a final determination of the legality of the importation and distribution of the offending wares as a necessary precondition for any discretionary order under subsection 52(4) prohibiting their future importation. In my judgment, such determination can only mean an adjudication of the issue on the merits at trial. I find therefore that neither the consent judgment nor the judgment obtained in default of defence have the necessary sanction to mandate a subsection 52(4) order. That being so, the issue of the class action representation and its validity or not is irrelevant.

In *Montres Rolex S.A., supra*, the judgment was final in relation to consenting and defaulting named defendants and the terms of the judgment rendered were directed not merely to the named defendants but also to "all others selling" watches or wares bearing the plaintiffs' registered trademarks without authority of the plaintiffs. In another case *Cartier, Inc. v. Doe, supra*, an order which on its face appeared to be final, was issued *ex parte* by my colleague Mr. Justice Teitelbaum in an action against defendants "John Doe and Jane Doe and other Persons Unknown to the Plaintiff Who Sell Counterfeit Watches On the Street in Toronto, Ontario". The order provided in its operative terms:

1. The importation by anyone of more than ten watches bearing any of the Trade Marks CARTIER, MUST, MUST DE CARTIER or LES MUST DE CARTIER and declared to be replica,

Les demandereses avaient demandé sans succès de faire exécuter l'ordonnance par les autorités douanières et elles ont ensuite demandé une ordonnance de *mandamus* pour forcer l'application de l'interdiction d'importer. Monsieur le juge McNair a refusé d'accorder une ordonnance de *mandamus* et s'est exprimé comme suit ([1988] 2 C.F., aux pages 49 et 53 respectivement):

Je suis pleinement d'accord avec l'opinion exprimée par le président de la Cour de l'Échiquier dans l'affaire *Adidas* et selon laquelle c'est une condition essentielle préalable à toute ordonnance laissée à l'appréciation de la Cour et visée au paragraphe 52(4) que la Cour trouve que l'importation et la distribution des marchandises incriminées étaient contraires à la *Loi sur les marques de commerce*. Il doit y avoir un prononcé final sur la légalité de l'objet de la plainte avant que puisse être rendue une ordonnance sous le régime du paragraphe 52(4). À mon avis, je suis obligé dans les circonstances présentes d'aller un peu plus loin que dans l'affaire *Adidas* et de déterminer de quelle façon la Cour doit rendre une telle décision finale.

Par conséquent, je suis d'avis que le sens normal des mots utilisés à l'article 52 de la *Loi sur les marques de commerce* dans le contexte de son régime législatif indique clairement qu'on doit avoir déterminé de façon définitive la légalité de l'importation et de la distribution des marchandises incriminées avant de pouvoir rendre une ordonnance sous le régime du paragraphe 52(4) prohibant leur importation future. À mon avis, une telle décision ne peut que porter sur le fond du litige. J'en conclus donc que ni le jugement par consentement ni le jugement obtenu par défaut de plaider ne peuvent donner lieu à une ordonnance sous le régime du paragraphe 52(4). Cela étant, la question de la validité de la représentation dans le cadre du recours collectif n'est pas pertinente.

Dans l'arrêt *Montres Rolex S.A., précité*, le jugement était final à l'égard des défendeurs nommés qui avaient consenti au jugement ou qui avaient fait défaut de comparaître ou de plaider et les conditions du jugement rendu visaient non seulement les défendeurs nommés, mais aussi «toutes les autres personnes qui vendent» des montres ou des marchandises portant les marques de commerce déposées des demandereses sans l'autorisation de celles-ci. Dans *Cartier, Inc. c. Doe, précité*, mon collègue, le juge Teitelbaum a rendu une ordonnance *ex parte* qui, à première vue, semblait finale dans une action intentée contre les défendeurs «John Doe et Jane Doe et d'autres personnes, inconnues des demandereses, qui vendent des montres contrefaites dans la rue, à Toronto (Ontario)». L'ordonnance prévoyait ce qui suit:

1. L'importation par quiconque de plus de 10 montres portant l'une ou l'autre des marques de commerce CARTIER, MUST, MUST DE CARTIER ou LES MUST DE CARTIER et déclarées être

copy, imitation or counterfeit watches is hereby prohibited pursuant to Section 52 of the Trade Marks Act.

2. Any officer or inspector of the Department of National Revenue, Customs & Excise, before whom the watches referred to in paragraph 1 of this Order are declared for importation into Canada, shall immediately detain the watches pursuant to the Customs Tariff Act, Section 14, Section C.

3. At any time that this Order is enforced, the person from whom the watches are seized shall be told that he or she may appeal the detention of the watches under Sections 58-63 of The Customs Act or apply to this Court for the return of any watches seized.

4. Any individual who legitimately imports into Canada any watches and whose watches are detained pursuant to this Order may, on twenty four hours notice to the solicitors for the Plaintiffs, together with service on the solicitors for the Plaintiffs of any supporting material, apply to this Court for the return of any watches detained.

5. There shall be no costs of this motion.

On a motion by the Minister of National Revenue for an order rescinding the *ex parte* order my colleague Pinard J., granted the application. Relying upon the decisions of Jackett P. in *Adidas* and of McNair J. in *Montres Rolex S.A.* he found that since no finding had been made, for no trial had been held in the plaintiffs' action, the order should be rescinded.

The decisions in *Adidas*, *Montres Rolex S.A.* and *Cartier* all emphasize the necessity for findings in a final judgment in an action as the necessary basis for an order under subsection 52(4) of the Act. In this case that basis is now established, with the judgment associated with these reasons.

The three cases do not resolve the manner in which an order under subsection 52(4) should be framed or whether it need be directed against one or more defendants who have the opportunity to be heard in the action leading to the findings upon which the order is based. In *Adidas* the terms of the order prohibiting importation of infringing wares were not directed to anyone and President Jackett's comments leave open a query about that. In *Montres Rolex S.A.* the terms were directed to named defendants and all others importing infringing wares. In *Cartier* the terms were not directed to anyone but prohibited importation by anyone of more than ten watches that were imitations, in an action styled with defendants "John

des répliques, des copies, des imitations ou des contrefaçons, est par les présentes prohibée sous le régime de l'article 52 de la Loi sur les marques de commerce.

2. Tout fonctionnaire ou inspecteur du ministère du Revenu national (Douanes et accise) qui reçoit une déclaration d'importation au Canada des montres décrites au paragraphe 1 de la présente ordonnance doit immédiatement retenir les montres conformément au Tarif des douanes, article 14, article C.

3. Chaque fois que cette ordonnance est appliquée, la personne dont les montres sont saisies doit être avisée qu'elle peut interjeter appel de la saisie des montres en invoquant les articles 58 à 63 de la Loi sur les douanes ou demander à cette Cour d'ordonner la restitution des montres saisies.

4. Toute personne qui importe légalement des montres au Canada et dont les montres sont retenues en application de la présente ordonnance peut, en donnant un avis de 24 heures aux avocats des demandesses, de même qu'en leur signifiant toute pièce justificative, demander à cette Cour d'ordonner la restitution des montres retenues.

5. Il n'y aura aucuns dépens.

Lorsque le ministre du Revenu national a demandé une ordonnance annulant l'ordonnance *ex parte*, mon collègue, le juge Pinard, a fait droit à la demande. Se fondant sur les décisions rendues par le président Jackett dans *Adidas* et le juge McNair dans *Montres Rolex S.A.*, il a jugé que, puisqu'aucune conclusion n'avait été tirée, étant donné que la cause n'avait pas encore été entendue, l'ordonnance devait être annulée.

Les décisions rendues dans les affaires *Adidas*, *Montres Rolex S.A.* et *Cartier* indiquent qu'une ordonnance sous le régime du paragraphe 52(4) de la Loi doit nécessairement être fondée sur les conclusions exprimées dans un jugement final dans une action. En l'espèce, ce fondement est maintenant établi à l'aide du jugement joint aux présents motifs.

Aucune de ces trois causes ne permet de dire comment une ordonnance fondée sur le paragraphe 52(4) devrait être rédigée et s'il est nécessaire qu'elle soit prononcée contre un ou plusieurs défendeurs qui ont la possibilité d'être entendus dans l'action menant aux conclusions qui constituent le fondement de l'ordonnance. Dans l'affaire *Adidas*, les conditions de l'ordonnance ayant pour effet d'interdire l'importation de marchandises contrefaites ne visaient personne et les commentaires du président Jackett laissent planer un doute à ce sujet. Dans *Montres Rolex S.A.*, les conditions visaient les défendeurs nommés et toutes les autres personnes qui importent des marchandises contrefaites. Dans l'affaire *Cartier*, les conditions

Doe and Jane Doe and Other Persons Unknown to the Plaintiff Who Sell Counterfeit Watches On The Street in Toronto, Ontario”, and one named defendant.

The plaintiffs in this action, in the current round in this ongoing saga, seek an order that reaches beyond named defendants. While seeking to have defendants including persons unknown accepted as a class of defendant, and to have the order reach to John Doe and Jane Doe and persons unknown, they also urge that subsection 52(4) does not require that a defendant be named in the terms of an order prohibiting importation under that section. I agree that neither subsection 52(4) nor other portions of section 52 of the Act expressly refer to the naming of parties in relation to orders that may be made, for interim custody pending final determination in an action under subsection 52(1) or for prohibiting future importation under subsection 52(4). I note, however, that section 52 as a whole deals with legal proceedings and implicitly it is written relying upon judicial proceedings from which the orders authorized would issue, proceedings in which ultimately there is opportunity for a defendant to be heard. Proceedings here have provided that opportunity. At trial, evidence has shown that importation from abroad of imitation Rolex watches and wares has seriously and adversely affected the plaintiffs' rights to exclusive use in Canada of their registered trade-marks.

In the scheme of the *Trade-marks Act* the purpose of subsection 52(4) is to support the efforts of the registered owner or registered user of a trade-mark registered under the Act to protect their exclusive rights, created by sections 19 and 50 respectively, in a case like this one where the wares bearing their registered trade-marks or facsimiles of them, without authorization, orig-

n'étaient pas formulées contre qui que ce soit, mais elles interdisaient l'importation, par toute personne, de plus de dix montres qui étaient des imitations, dans une action intentée contre «John Doe et Jane Doe et d'autres personnes, inconnues des demanderessees, qui vendent des montres contrefaites dans la rue à Toronto (Ontario)» ainsi qu'un défendeur nommé.

À ce stade-ci de cette histoire sans fin, les demanderessees désirent obtenir une ordonnance qui s'appliquera non seulement aux défendeurs nommés, mais à d'autres. Tout en demandant que les défendeurs, y compris des personnes inconnues, soient reconnus comme une catégorie de défendeurs et que l'ordonnance s'applique à John Doe, Jane Doe et d'autres personnes inconnues, elles soutiennent également que le paragraphe 52(4) n'exige pas qu'un défendeur soit nommé dans les conditions de l'ordonnance qui interdit l'importation sous le régime de cette disposition. J'admets que ni le paragraphe 52(4) ni les autres parties de l'article 52 de la Loi ne renvoient expressément à la nomination des parties à l'égard des ordonnances pouvant être rendues, qu'il s'agisse d'une ordonnance décrétant la garde provisoire jusqu'à la décision finale dans une action en vertu du paragraphe 52(1) ou décrétant l'interdiction d'importer d'autres marchandises à l'avenir en vertu du paragraphe 52(4). Toutefois, je souligne que l'ensemble de l'article 52 porte sur des procédures judiciaires et qu'il est implicitement fondé sur les procédures judiciaires à la suite desquelles les ordonnances autorisées seraient rendues, procédures au cours desquelles le défendeur a éventuellement la possibilité d'être entendu. Les procédures en l'espèce ont fourni cette possibilité. Au cours de l'instruction, la preuve a démontré que l'importation de l'étranger de montres et marchandises d'imitation Rolex a fortement entravé les droits des demanderessees à l'égard de l'utilisation exclusive au Canada de leurs marques de commerce déposées.

Le paragraphe 52(4) de la *Loi sur les marques de commerce* vise à aider le propriétaire ou l'utilisateur inscrit d'une marque de commerce déposée en vertu de la Loi à protéger ses droits exclusifs, créés respectivement par les articles 19 et 50, lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, les marchandises portant ses marques de commerce déposées ou des reproductions de celles-ci, sans autorisation, pro-

inate abroad and are brought or shipped into Canada for commercial purposes. In these circumstances an order under subsection 52(4) not directed to specific defendants but prohibiting the future importation for commercial purposes of imitation watches and wares bearing the trade-mark name Rolex or the Crown Design is warranted.

That order will be limited to prohibiting importation for commercial purposes, since it is my understanding that is the nature of activities giving rise to the plaintiffs' concerns and this action. Developing appropriate tests for assessing commercial purposes for administration by customs authorities may best be facilitated by discussion between those authorities and counsel for the plaintiffs. It may be that a quantitative test such as the ten watches included as the basis of the *ex parte* order by my colleague Mr. Justice Teitelbaum, subsequently rescinded, in *Cartier, supra*, would be appropriate, or it may be appropriate for the names of consignees authorized by the plaintiffs for receipt of legitimate wares to be provided. If there be difficulty in developing appropriate administrative standards for application of the order prohibiting importation for commercial purposes, I expect that section 55 of the *Trade-marks Act*, conferring jurisdiction on this Court "to entertain any action or proceeding for the enforcement of any of the provisions of this Act or of any right or remedy conferred or defined thereby", provides a basis for the Minister of National Revenue or the plaintiffs to raise the matter by motion for further consideration by the Court.

Conclusion

I should note that in considering relief to be awarded in the circumstances of this case I have considered not only the forms of relief sought by the successful plaintiffs in the statement of claim in this action and the consent of the defendant Redman, but also the manner in which the proceedings were carried forward, both before and at trial. In some respects relief has been modified from that requested by the plaintiffs, in light of my assessment of appropriate relief and in the absence

viennent de l'étranger et sont transportées ou expédiées au Canada à des fins commerciales. Dans ces circonstances, une ordonnance sous le régime du paragraphe 52(4) qui n'est pas rendue contre des défendeurs précis, mais qui interdit l'importation ultérieure, à des fins commerciales, de montres et marchandises d'imitation portant la marque de commerce Rolex ou le motif représentant une couronne est justifiée.

Cette ordonnance se limitera à une ordonnance interdisant l'importation à des fins commerciales, étant donné qu'à mon avis, c'est là la nature des activités qui ont donné naissance aux problèmes des demandesses et au présent litige. C'est peut-être dans le cadre d'une réunion entre les autorités douanières et l'avocat des demandesses que l'on pourra le plus facilement élaborer les tests que ces autorités appliqueront pour déterminer s'il s'agit d'activités à des fins commerciales. Il se peut qu'un critère quantitatif, comme celui des dix montres qui a servi de fondement à l'ordonnance *ex parte* que mon collègue, le juge Teitelbaum a rendue et qui a subséquemment été annulée dans l'affaire *Cartier*, précitée, soit approprié; il sera peut-être approprié également que l'on fournisse les noms des dépositaires que les demandesses autorisent à recevoir les marchandises légitimes. S'il est difficile d'élaborer des normes administratives appropriées pour appliquer l'ordonnance interdisant l'importation à des fins commerciales, je présume que l'article 55 de la *Loi sur les marques de commerce*, qui permet à la Cour de «connaître de toute action ou procédure en vue de l'application de la présente loi ou d'un droit ou recours conféré ou défini par celle-ci», constitue un fondement que le ministre du Revenu national ou les demandesses pourront invoquer pour soulever la question par voie de requête devant la Cour.

Conclusion

J'aimerais souligner que, lorsque j'ai examiné les redressements à accorder en l'espèce, j'ai tenu compte non seulement des formes de réparation demandées, par les demandesses dans le présent litige et du consentement du défendeur Redman, mais aussi de la façon dont le litige s'est déroulé, tant avant que pendant le procès. À certains égards, j'ai accordé un redressement différent de celui que recherchaient les demandesses, compte tenu de ce que j'estimais être une réparation

of representations by the named defendant still who was a party to proceedings at the time of trial.

I note also that in considering relief appropriate in the circumstances of this case I have had regard for section 53 of the *Trade-marks Act* which provides (with my emphasis by underlining):

53. Where it is made to appear to a court of competent jurisdiction that any act has been done contrary to this Act, the court may make any such order as the circumstances require, including provision for relief by way of injunction and the recovery of damages or profits, and may give directions with respect to the disposition of any offending wares, packages, labels and advertising material and of any dies used in connection therewith.

By separate document judgment is entered in this matter. In summary, that judgment provides for relief in the following terms and in relation to the following parties defendant in these proceedings.

1. The plaintiff Rolex Watch Company of Canada Limited is declared to be the sole registered user of the four registered trade-marks, of which the plaintiff Montres Rolex S.A. is the registered owner, for the name Rolex and Crown Design.

2. The defendants Redman and Pahmer and those under their control are enjoined from infringing the plaintiffs' registered trade-marks, including specified activities in relation to watches and wares bearing the trade-marks Rolex or Crown Design when those goods are not of the plaintiffs' manufacture or merchandise.

3. The defendants John Doe, Jane Doe and all others unknown to the plaintiffs, who before or at the date of trial in this matter sold, imported, advertised, manufactured or distributed any wares in association with the name Rolex or Crown Design where those goods were not of the plaintiffs' manufacture or merchandise, are enjoined from all of the same activities from which the defendants Redman and Pahmer are enjoined; provided that any person identified within 6 years after the date of trial herein as one to whom this clause may apply shall be served, *inter alia*, with notice that they have opportunity to apply upon

appropriée ainsi que de l'absence d'observations de la part du défendeur nommé qui était encore partie au litige au moment du procès.

Je souligne également que, lorsque j'ai examiné le redressement approprié à accorder dans les circonstances de la présente cause, j'ai tenu compte de l'article 53 de la *Loi sur les marques de commerce*, dont le libellé (c'est moi qui souligne) est le suivant:

53. Lorsqu'il est démontré à un tribunal compétent qu'un acte a été accompli contrairement à la présente loi, le tribunal peut rendre l'ordonnance que les circonstances exigent, y compris une stipulation portant un redressement par voie d'injonction et le recouvrement de dommages-intérêts ou de profits, et peut donner des instructions quant à la disposition des marchandises, colis, étiquettes et matériel publicitaire contrevenant à la présente loi et de toutes matrices employées à leur égard.

Le jugement est inscrit dans la présente cause à l'aide d'un document distinct. En résumé, le jugement prévoit un redressement selon les conditions suivantes et à l'égard des parties défenderesses suivantes dans la présente cause.

1. La demanderesse Rolex Watch Company of Canada Limited est déclarée être le seul usager inscrit des quatre marques de commerce déposées, dont la demanderesse Montres Rolex S.A. est le propriétaire inscrit, à l'égard du nom Rolex et du motif représentant une couronne.

2. Il est interdit aux défendeurs Redman et Pahmer et à ceux qu'ils contrôlent de violer les marques de commerce déposées des demandereses, notamment par des activités précises à l'égard de montres et marchandises portant les marques de commerce Rolex ou le motif représentant une couronne, lorsque ces marchandises ne sont pas fabriquées ou promues par les demandereses.

3. Il est interdit aux défendeurs John Doe, Jane Doe et à toutes les autres personnes inconnues des demandereses qui, à la date du procès en l'espèce ou auparavant, ont vendu, importé, promu, fabriqué ou distribué des marchandises en liaison avec le nom Rolex ou le motif représentant une couronne, alors que ces marchandises n'étaient pas fabriquées ou promues par les demandereses, de poursuivre les activités interdites aux défendeurs Redman et Pahmer; cependant, toute personne identifiée dans les six ans suivant la date du procès aux présentes comme une personne à laquelle la présente clause peut s'appliquer recevra, par voie

motion for a determination that there are lawful reasons why this clause should not apply to him or her.

4. The defendants Redman and Pahmer and those under their control, and any person to whom clause 3 is found to apply are prohibited from importing into Canada imitation Rolex watches or wares.

5. The importation for commercial purposes of imitation watches and wares bearing the plaintiffs' registered trade-marks or facsimiles of them when the goods are not of the plaintiffs' manufacture or merchandise is prohibited pursuant to subsection 52(4) of the *Trade-marks Act*.

6. The defendant Redman and any person to whom clause 3 is found to apply shall deliver into the custody of the plaintiffs' solicitors any documents or goods relating to activities carried on in association with unauthorized use of the plaintiffs' registered trade-marks.

7. A peace officer or police officer having knowledge of this judgment shall assist the plaintiffs in its enforcement.

8. The defendant Pahmer shall render an accounting of all profits received from the sale of imitation Rolex watches and shall pay those profits to the plaintiffs.

9. Costs are awarded against the defendant Pahmer on a solicitor and client basis.

Finally, the judgment contains some matters intended to complete procedural details of the action. Thus, counsel for the plaintiffs is to ensure service of a copy of the judgment upon the defendants Redman and Pahmer. Imitation Rolex watches and wares held by the sheriff's office pending trial or in the records of the Court are to be released upon application to the plaintiffs' solicitors. Upon filing an undertaking to meet any damages or costs that may hereafter be awarded to any person unknown who succeeds in an application under clause 3, the plaintiffs are relieved of their undertaking given pursuant to earlier order

de signification, entre autres choses, un avis indiquant qu'elle a la possibilité de demander à la Cour, par requête, de déclarer qu'il existe des motifs légitimes pour lesquels la présente clause ne devrait pas s'appliquer à elle.

4. Il est interdit aux défendeurs Redman et Pahmer et à ceux qu'ils contrôlent ainsi qu'à toute personne à l'égard de laquelle il est jugé que la clause 3 s'applique d'importer au Canada des montres ou marchandises d'imitation Rolex.

5. L'importation à des fins commerciales de montres et de marchandises d'imitation portant les marques de commerce déposées des demandereses ou des reproductions de celles-ci, alors que les marchandises ne sont pas fabriquées ou promues par les demandereses, est interdite conformément au paragraphe 52(4) de la *Loi sur les marques de commerce*.

6. Le défendeur Redman et toute personne à l'égard de laquelle il est jugé que la clause 3 s'applique remettront aux avocats des demandereses les documents ou marchandises liés aux activités poursuivies en liaison avec l'utilisation non autorisée des marques de commerce déposées des demandereses.

7. Un agent de la paix ou un policier informé du présent jugement aidera les demandereses à exécuter celui-ci.

8. Le défendeur Pahmer remettra un compte-rendu de tous les profits qu'il a tirés de la vente de montres d'imitation Rolex et paiera ces profits aux demandereses.

9. Le défendeur Pahmer est tenu de payer les dépens procureur-client.

Enfin, le jugement renferme certains détails de procédure. Ainsi, l'avocat des demandereses doit assurer la signification d'une copie du jugement aux défendeurs Redman et Pahmer. Les montres et marchandises d'imitation Rolex détenues au bureau du shérif jusqu'au procès ou dans les dossiers de la Cour devront être remises lorsque demande en sera faite aux avocats des demandereses. Dès qu'elles déposeront un document par lequel elles s'engagent à payer les dommages-intérêts ou dépens pouvant subséquemment être adjugés en faveur d'une personne inconnue qui a gain de cause dans une demande fondée sur la clause 3,

of the Court to maintain a bond as security for damages and for costs.

les demanderesses seront libérées de leur engagement de maintenir un cautionnement comme garantie des dommages-intérêts et des dépens, lequel engagement a été donné conformément à une ordonnance précédente de la Cour.

T-450-90

T-450-90

Naskapi-Montagnais Innu Association (Applicant)

v.

Minister of National Defence (Respondent)

INDEXED AS: *NASKAPI-MONTAGNAIS INNU ASSN. v. CANADA (MINISTER OF NATIONAL DEFENCE) (T.D.)*

Trial Division, Reed J.—Toronto, April 3, 4 and 5; Ottawa, April 12, 1990.

Environment — Low level flying manoeuvres conducted by NATO Air Forces over Labrador and Quebec — Substantially increasing in number since begun in 1976 — Issue of impact of flights and establishment of proposed Tactical Fighter Weapons Training Centre referred by Minister of National Defence to Environmental Assessment Panel — Nothing in EARP Guidelines Order imposing duty upon initiating department to suspend project until completion of environmental review process — Only public opinion can ensure environmentally responsible decisions — Factors militating against grant of discretionary relief sought.

Armed forces — Application by organization representing aboriginal people for orders quashing decision to permit three NATO countries to use Goose Bay air base, airspace and practice target areas in Canada and preventing Minister of National Defence from approving of possible NATO decision to establish Fighter Weapons Training Centre at Goose Bay — Applicant seeking mandatory stop orders pending completion of environmental assessment process — Low level flying exercises held annually at Goose Bay since 1976 — Number of sorties steadily increasing from 500 to 7,021 — Granting application would have adverse effect on Goose Bay community which exists solely to support NATO low level flying training — Aborigines little prejudiced by denial of order.

Native peoples — Application to prevent Minister of National Defence from agreeing to establishment of NATO Fighter Weapons Training Centre at Goose Bay pending completion of environmental assessment process — Applicant representing aboriginal people established in vicinity and going there to hunt and fish — Minimal prejudice to applicant, refusal to co-operate, absence of evidence as to environmental damage and delay in bringing proceedings justifying denial of application.

International law — Distinction between treaty making and treaty implementing powers — Implementation of treaty after signing (by legislation or executive action) matter for domestic law — Memorandum of understanding signed by Canada and NATO countries respecting use of air base facilities for low

Naskapi-Montagnais Innu Association (requérante)

a c.

Ministre de la Défense nationale (intimé)

RÉPERTORIÉ: *NASKAPI-MONTAGNAIS INNU ASSN. c. CANADA (MINISTRE DE LA DÉFENSE NATIONALE) (1^{re} INST.)*

b

Section de première instance, juge Reed—Toronto, 3, 4 et 5 avril; Ottawa, 12 avril 1990.

Environnement — Entraînement des forces aériennes de l'OTAN au vol à basse altitude au-dessus du Labrador et du Québec — Croissement considérable des vols depuis leur début en 1976 — Le ministre de la Défense nationale a renvoyé à une commission d'évaluation environnementale la question de l'incidence des vols et de l'établissement d'un centre intégré d'entraînement à l'emploi des armes des chasseurs tactiques — Rien dans le Décret n'oblige le ministère responsable à suspendre l'exécution du projet tant que n'aura pas été terminée l'évaluation environnementale — Seule l'opinion publique peut garantir la prise de décisions responsables sur le plan de l'environnement — Des facteurs militent contre l'octroi de la réparation discrétionnaire recherchée.

Forces armées — Un organisme représentant les peuples autochtones demande des ordonnances annulant la décision de permettre à trois pays membres de l'OTAN d'utiliser la base aérienne de Goose Bay, certains couloirs aériens et polygones de tir à blanc au Canada, et interdisant au ministre de la Défense nationale d'approuver la décision possible de l'OTAN d'établir à Goose Bay un centre intégré d'entraînement à l'emploi des armes des chasseurs tactiques — La requérante cherche à obtenir des ordonnances impératives en attendant l'issue d'une évaluation environnementale — Des vols d'entraînement à basse altitude ont lieu chaque année à Goose Bay depuis 1976 — Le nombre de sorties a augmenté de façon constante, pour passer de 500 à 7 021 — La demande, si elle était accueillie, pourrait causer un préjudice considérable à la population civile de Goose Bay qui sert uniquement au soutien des vols d'entraînement à basse altitude de l'OTAN — Le refus d'accorder l'ordonnance recherchée causera peu de préjudice aux autochtones.

Peuples autochtones — Demande visant à interdire au ministre de la Défense nationale d'approuver l'établissement pour l'OTAN d'un centre intégré d'entraînement à l'emploi des armes des chasseurs tactiques en attendant l'issue d'une évaluation environnementale — La requérante représente les autochtones établis dans les environs et qui s'y livrent à la chasse et à la pêche — Le préjudice minime qui serait causé à la requérante, le refus de coopérer, l'absence de preuve d'incidences dommageables sur l'environnement et le retard à interter cette action justifient le rejet de la demande.

Droit international — Distinction entre le pouvoir de conclure un traité et celui de le mettre à exécution — La mise à exécution d'un traité après sa signature (par mesures législatives ou à caractère exécutif) relève du droit interne — Le protocole d'entente signé par le Canada et les pays membres de

level flying operations by NATO Air Forces over parts of Labrador and Quebec within scope of treaty implementing powers — Therefore subject to Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order.

Judicial review — Prerogative writs — Certiorari and mandamus to stop low level flying manoeuvres over parts of Labrador and Quebec by NATO Air Forces — Neither text nor purpose of EARP Guidelines Order imposing duty upon initiating department to suspend proposal until assessment review process completed — Minimal prejudice, refusal to co-operate, absence of evidence as to environmental damage and delay in bringing proceedings militating against granting discretionary relief sought.

In 1986, Canada and three other NATO countries signed a memorandum of understanding which set out the terms and conditions respecting the use of the Goose Bay air base facilities for tactical low level flying manoeuvres by NATO Air Forces over parts of Labrador and Quebec. The number of sorties has steadily increased: from 500 in 1976 to 7,021 in 1989. Prior to 1979 the purpose of the flights was navigational rather than tactical.

Contemporaneously with the signing of the memorandum, the Minister of National Defence referred the issue of the impact these flights and of the establishment of a proposed NATO Tactical Fighter Weapons Training Centre to the Minister of the Environment for public review by an Environmental Assessment Panel.

The applicant seeks *certiorari* and *mandamus* to stop the low level flying operations. The applicant is an organization representing aboriginal people whose main settlements are close to the areas where the flights are conducted. Some members of those communities fly into the areas, at certain times of the year, to hunt and fish.

The issues are (1) whether once a referral has been made under the *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order* (the EARP Guidelines Order) an obligation arises such that the initiating department must not proceed with the project until the referral process has been completed and (2) whether, in the circumstances, the discretionary relief sought should be granted.

Held, the application should be dismissed.

The applicant's argument, that there is an implied obligation under the terms of the Order when read in light of its purpose, to stop the progress of any proposal once it is referred for review, is without merit. There is nothing in the Order which expressly or implicitly requires that a project be halted until the completion of the review. The reference, in section 3 of the Order, to an assessment being carried out before irrevocable decisions are taken relates to the self-assessment process which the initiating department must undertake. It does not relate to the EARP Panel process. Furthermore, an implied mandatory

l'OTAN relativement à l'usage des installations de la base aérienne pour les vols d'entraînement à basse altitude par les forces aériennes de l'OTAN au-dessus de certaines parties du Labrador et du Québec relève des pouvoirs de mise à exécution des traités — Il relève donc du Décret sur les lignes directrices
 a *visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement.*

Contrôle judiciaire — Brefs de prerogative — Brefs de certiorari et de mandamus visant à mettre fin aux vols d'entraînement à basse altitude au-dessus de certaines parties du Labrador et du Québec effectués par les forces aériennes de l'OTAN — Ni le libellé ni l'objet du Décret n'imposent au ministre responsable l'obligation de suspendre le projet jusqu'à l'issue de l'évaluation environnementale — Le préjudice minime qui serait causé, le refus de coopérer, l'absence de preuve d'incidences dommageables sur l'environnement et le retard à tenter cette action militent contre l'octroi de la réparation discrétionnaire recherchée.

En 1986, le Canada et trois autres pays membres de l'OTAN ont signé un protocole d'entente qui exposait les modalités régissant l'emploi des installations de la base aérienne de Goose Bay pour des vols d'entraînement à basse altitude par les forces aériennes de l'OTAN au-dessus de certaines parties du Labrador et du Québec. Le nombre de ces sorties s'est accru de façon constante, pour passer de 500 en 1976 à 7 021 en 1989. Avant 1979, les vols exécutés étaient des vols de navigation par opposition à des vols tactiques.

Au moment de la signature du protocole d'entente, le ministre de la Défense nationale a renvoyé au ministre de l'Environnement, pour qu'elle soit étudiée par une commission d'évaluation environnementale, la question de l'incidence des vols litigieux et de la mise en place projetée d'un centre intégré d'entraînement à l'emploi des armes des chasseurs tactiques pour les forces aériennes de l'OTAN.

La requérante sollicite des brefs de *certiorari* et de *mandamus* en vue de mettre fin aux vols d'entraînement à basse altitude. La requérante est un organisme représentant certains peuples autochtones dont les principaux établissements sont à proximité des zones où se déroulent les vols litigieux. Certains membres de ces collectivités se rendent par avion dans les zones en cause, à certaines époques de l'année, pour chasser et pêcher.

Le débat porte sur les questions de savoir si (1) une fois que l'on a procédé au renvoi prévu au *Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement* (le Décret), le ministre responsable a l'obligation de ne pas exécuter le projet tant que le processus de renvoi et d'examen n'est pas terminé, et si (2) dans les circonstances, il y a lieu d'accorder la réparation recherchée.

Jugement: la demande devrait être rejetée.

La prétention de la requérante voulant que, lorsqu'on l'interrompt en tenant compte de son objet, le Décret exige implicitement que l'on interrompe toute proposition dès qu'elle est soumise pour examen, n'est pas fondée. Rien dans le Décret n'exige expressément ou implicitement que l'on interrompe un projet tant que l'examen n'est pas terminé. La mention, à l'article 3 du Décret, de l'évaluation qui doit être effectuée avant que des décisions irrévocables ne soient prises concerne le processus d'auto-évaluation que le ministre responsable doit entreprendre. Elle n'a rien à voir avec le processus de la

obligation to halt a proposal would not accord with the general scheme of the Order and with its other provisions. Under the Order, initiating departments and Ministers can ignore the recommendations of a Panel. Any obligation not to proceed will therefore depend, for enforcement, on the pressure of public opinion and the adverse publicity which will attach to a contrary course of action.

In addition to the finding that the EARP Guidelines Order does not impose on an initiating department a mandatory "stop" order once a project has been referred for review, there were several factors which, as a matter of discretion, justified the refusal to grant an order stopping the low level flying operations.

Most important among those is the substantial prejudice such an order would cause to the civilian and military communities of Goose Bay-Happy Valley. There was evidence that suspension of the low level flying operations could bring about their permanent curtailment, resulting in massive lay-offs, loss of investment and expenditures for the civilian and military populations. On the other hand, the applicant will suffer minimal prejudice since its environmental concerns will be addressed by the EARP Panel in the course of the environmental assessment. A decision not to grant the order will not prejudice that process.

Another significant factor is the refusal by the members of the communities represented by applicant to co-operate in order to mitigate the effects which the low level flying exercises might have on them. The submission that co-operation would amount to condoning the disputed activities was not valid: one can mitigate the effects of injurious actions taken by others without condoning them.

The absence of unequivocal evidence respecting significant environmental damage resulting from the low level flying activities is another relevant factor in denying the application. So is the fact that the proceedings could have been commenced four years ago. Delay is always a factor in the case of discretionary remedies.

Respondent's argument, that a proposal falls outside the scope of the EARP Guidelines Order if implicitly authorized by the Governor in Council, as a result of being the subject of an international agreement, had to be rejected. While the treaty-making power resides with the federal Crown, the implementation of any such treaty after its signing—by legislation or executive action such as the 1986 memorandum of understanding—becomes a matter for domestic law, including the EARP Guidelines Order. It is to the decisions and actions which have to be taken by the relevant government department to implement a treaty that the EARP Guidelines Order attaches.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order, SOR/84-467, ss. 2, 3, 6(a), 10, 12, 13, 18(b), 20, 21, 22, 25, 26, 28, 29, 33(1)(c),(d).

commission d'évaluation environnementale. De surcroît, l'obligation implicative implicite de suspendre la proposition cadre mal avec l'économie générale du Décret et avec ses autres dispositions. Le Décret permet aux ministères et aux ministres responsables de ne pas tenir compte des recommandations de la commission. Le respect de l'obligation de ne pas réaliser le projet dépend de la pression de l'opinion publique et de la publicité défavorable qu'une ligne de conduite contraire comporterait.

Outre la conclusion que le Décret n'oblige pas le ministre responsable à «suspendre» un projet après qu'il a été soumis à un examen en vertu du Décret, il y a de nombreux facteurs qui justifient la Cour, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, de ne pas prononcer une ordonnance qui suspende les vols à basse altitude.

Le facteur le plus important est le préjudice considérable qu'une telle ordonnance ferait subir à la population civile et militaire de Happy Valley et de Goose Bay. Certains éléments de preuve permettent de croire que la suspension des vols à basse altitude pourrait entraîner leur réduction permanente, ce qui provoquerait des congédiements massifs, une perte d'investissement ainsi que des dépenses pour les populations civiles et militaires. Par ailleurs, la requérante subira un préjudice minime puisque ses préoccupations environnementales seront examinées par la commission d'évaluation environnementale au cours de son évaluation. La décision de refuser l'ordonnance ne nuira pas à ce processus.

Un autre facteur très important réside dans le refus des membres des collectivités représentées par la requérante de collaborer à atténuer les effets que l'entraînement au vol à basse altitude pouvait avoir pour eux. La prétention voulant qu'une telle collaboration équivaldrait à fermer les yeux sur les activités litigieuses est mal fondée: on peut atténuer les conséquences des actes préjudiciables sans fermer les yeux sur ces actes.

L'absence d'éléments de preuve patents et univoques concernant les dommages importants causés à l'environnement est un facteur dont on peut tenir compte pour rejeter la demande. Il en va de même pour le fait que la présente action aurait pu être engagée il y a quatre ans. Le retard est toujours un facteur dans le cas des recours discrétionnaires.

L'argument de l'intimé, selon lequel une proposition échappe à l'application du Décret du fait qu'elle a été implicitement autorisée par le Gouverneur en conseil parce qu'elle fait l'objet d'une entente internationale, doit être rejeté. Bien qu'il appartienne à l'État fédéral de conclure des traités, leur mise à exécution après leur signature—par une loi ou par une mesure de caractère exécutif comme le protocole d'entente de 1986—devient une question de droit interne, ce qui comprend le Décret. Le Décret doit s'appliquer aux décisions et aux mesures que le ministère fédéral compétent doit prendre pour mettre en œuvre le traité conclu.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement, DORS/84-467, art. 2, 3, 6(a), 10, 12, 13, 18(b), 20, 21, 22, 25, 26, 28, 29, 33(1)(c),(d).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

CONSIDERED:

Angus v. Canada, T-47-90, F.C.T.D., Rouleau J., judgment dated 12/1/90, not yet reported.

REFERRED TO:

Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al., [1985] 1 S.C.R. 441; (1985), 18 D.L.R. (4th) 481; 12 Admin. L.R. 16; 13 C.R.R. 287; 59 N.R. 1; *Canadian Wildlife Federation Inc. v. Canada (Minister of the Environment)*, [1989] 3 F.C. 309; [1989] 4 W.W.R. 526; (1989), 37 Admin. L.R. 39; 3 C.E.L.R. (N.S.) 287; 26 F.T.R. 245 (T.D.); affd [1990] 2 W.W.R. 69; (1989), 38 Admin. L.R. 138; 4 C.E.L.R. (N.S.) 1; 27 F.T.R. 159; 99 N.R. 72 (F.C.A.); *Canadian Wildlife Federation Inc. et al. v. Canada (Minister of the Environment) and Saskatchewan Water Corp.* (1989), 31 F.T.R. 1 (F.C.T.D.); *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1990] 2 F.C. 18 (C.A.).

AUTHORS CITED

de Smith, S. A. *Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed. by J. M. Evans. London: Stevens & Sons Ltd., 1980.
Exchanges of Notes between Canada and the United Kingdom, November 26, 1979, [1979] Can. T.S. No. 23.
Exchange of Notes concerning the training of United Kingdom Armed Forces in Canada, August 20, 1971, [1974] B.T.S. No. 27.
 Gotlieb, A. E. *Canadian Treaty-Making*. Toronto: Butterworths, 1968.

COUNSEL:

John A. Olthuis and Margaret L. Flindall for applicant.
Dogan D. Akman for respondent.

SOLICITORS:

Morris, Rose, Ledgett, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

REED J.: The orders sought will not be granted. In my view, the *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order* (SOR/84-467) does not support what I will call the mandatory "stop" orders which are requested. In addition, even if such mandatory orders were supportable

JURISPRUDENCE

DÉCISION EXAMINÉE:

Angus c. Canada, T-47-90, C.F. (1^{re} inst.), juge Rouleau, jugement en date du 12-1-90, encore inédit.

DÉCISIONS CITÉES:

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; *Fédération canadienne de la faune Inc. c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, [1989] 3 C.F. 309; [1989] 4 W.W.R. 526; (1989), 37 Admin. L.R. 39; 3 C.E.L.R. (N.S.) 287; 26 F.T.R. 245 (1^{re} inst.); conf. par [1990] 2 W.W.R. 69; (1989), 38 Admin. L.R. 138; 4 C.E.L.R. (N.S.) 1; 27 F.T.R. 159; 99 N.R. 72 (C.A.F.); *Fédération canadienne de la faune Inc. et autres c. Canada (Ministre de l'Environnement) et Saskatchewan Water Corp.* (1989), 31 F.T.R. 1 (C.F. 1^{re} inst.); *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1990] 2 C.F. 18 (C.A.).

DOCTRINE

de Smith, S. A. *Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed. by J. M. Evans. London: Stevens & Sons Ltd., 1980.
Échanges de notes entre le Canada et le Royaume-Uni, 26 novembre 1979, [1979] R.T. Can. N° 23.
Échange de notes concernant l'entraînement des Forces armées britanniques au Canada, 20 août 1971, [1974] B.T.S. No. 27.
 Gotlieb, A. E. *Canadian Treaty-Making*. Toronto: Butterworths, 1968.

AVOCATS:

John A. Olthuis et Margaret L. Flindall pour la requérante.
Dogan D. Akman pour l'intimé.

PROCUREURS:

Morris, Rose, Ledgett, Toronto, pour la requérante.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

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

LE JUGE REED: Les ordonnances demandées ne seront pas accordées. À mon avis, le *Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement* (DORS/84-467) n'appuie pas ce que j'appellerai les ordonnances mandatoires «de suspension» qui

under the terms of the Order, it would be inappropriate to grant one of them. It would be inappropriate to grant the order which requests that the low level flying training (which has been occurring since at least 1979, albeit with increasing intensity) be stopped. An order of this nature would result in extensive prejudice and harm to the civilian communities of Happy Valley and Goose Bay as well as to the military personnel and their families. This factor must be taken into account together with the fact that a refusal to grant the order will not result in any substantial prejudice to the rights which the applicant or its members presently have. In this regard, I note that the present application does not and cannot involve any determination of the rights which the applicant states its members have as a result of their land claim assertions. The present application relates to environmental concerns only. It involves the scope and application of the *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order* (EARP Guidelines Order).

Nature of the Application—Interest of the Applicant

The application seeks orders to quash a decision of the Minister of National Defence made on February 13, 1986, and to prevent the Minister making certain other decisions before the environmental assessment process provided for by the EARP Guidelines Order has been completed. The decisions involve the use of certain parts of Labrador and a small part of Quebec for training the members of the Air Forces of several NATO countries in tactical low level flying manoeuvres.

The applicant is an organization representing certain aboriginal people whose main settlements (Sheshatshit and Utshimassit) are outside but close to the boundaries of the areas in which the low level flying is conducted. Some of the members of these communities (100 to 200) fly into the area where the low level flying training occurs, on a temporary basis at certain times of the year, for the purpose of following their traditional hunting and fishing (wildlife gathering) way of life. This usually occurs in the fall, winter and spring months.

sont demandées. De plus, même si le texte du Décret justifiait le prononcé de ces ordonnances mandatoires, il ne conviendrait pas d'accorder l'une d'elles, savoir l'ordonnance exigeant la suspension des opérations d'entraînement au vol à basse altitude (qui ont lieu depuis au moins 1979, mais qui se sont intensifiées). Une ordonnance de cette nature causerait un préjudice considérable à la population civile de Happy Valley et de Goose Bay ainsi qu'aux militaires et à leurs familles. Il faut tenir compte de ce facteur, ainsi que du fait que le refus d'accorder l'ordonnance ne portera pas gravement atteinte aux droits que possèdent présentement la requérante ou ses membres. À cet égard, je remarque que la présente requête ne saurait impliquer de décision sur les droits que la requérante affirme que ses membres possèdent en raison de leurs revendications territoriales. La présente requête ne porte que sur des problèmes écologiques. Elle concerne la portée et l'application du *Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement* (le Décret).

Nature de la requête—intérêt de la requérante

La requérante sollicite des ordonnances en vue de faire annuler une décision prise par le ministre de la Défense nationale le 13 février 1986 et d'empêcher le ministre de prendre certaines autres décisions avant que le processus d'évaluation en matière d'environnement prévu par le Décret ne soit terminé. Les décisions concernent l'utilisation de certaines parties du Labrador et d'une petite partie du Québec pour l'entraînement des forces aériennes de plusieurs pays membres de l'OTAN au vol tactique à basse altitude.

La requérante est un organisme représentant certains peuples autochtones dont les principaux établissements (Sheshatshit et Utshimassit) sont situés à l'extérieur mais à proximité des limites des zones où se déroulent les vols à basse altitude. Certains des membres de ces collectivités (100 à 200) se rendent par avion dans la zone où a lieu l'entraînement au vol à basse altitude, de façon temporaire et à certaines époques de l'année, pour suivre leur mode de vie traditionnel de chasse et de pêche (exploitation des ressources fauniques). Cela a habituellement lieu au cours de l'automne, de l'hiver et du printemps.

Decision of February 13, 1986—Agreement Pursuant to Exchanges of Notes (Treaties)

The decision made in 1986, which is challenged, is contained in a memorandum of understanding signed by General MacNaughton on behalf of the Department of National Defence. The other signatories to the memorandum are the United States Air Force, the Ministry of Defence of the United Kingdom and the Federal Ministry of Defence of the Federal Republic of Germany. The memorandum sets out the terms and conditions under which these last three will be allowed to use the air base facilities at Goose Bay and certain airspace and practice target areas in Canada. (These will be referred to as the Canadian facilities and airspace.)

The 1986 memorandum was entered into pursuant to provisions of exchanges of notes (treaties) between Canada and the three aforementioned NATO countries. These exchanges of notes were signed at various times between 1976 and 1983. I will refer to that with the United Kingdom, signed in 1979, to illustrate the relationship of the decision documented by the 1986 memorandum of understanding and the exchanges of notes. The 1979 Exchange of Notes with the United Kingdom carries the title "Agreement Amending the 1971 Agreement Concerning a Training Scheme for Armed Forces of the United Kingdom in Canada". As that title indicates, the document is an amendment to a previous agreement, by exchange of notes, between Canada and the United Kingdom, dated August 20, 1971. The 1979 Exchange of Notes consists of two parts: the first, I will call the covering note; the second is a schedule of terms and conditions. One of the terms of the covering note states:

IV. This Agreement and the attached Schedule of Terms and Conditions may be amended by agreement of the Parties. The Schedule of Terms and Conditions may also be amended as provided therein subject to the requirement that such amendments shall be consistent with the provisions of this Agreement

The relevant provisions of the schedule of terms and conditions provide:

PART III

Royal Air Force Training

17. This part is subject to arrangements between Canada and the United Kingdom respecting the stationing of a Royal

Décision du 13 février 1986—Accord conclu conformément à des échanges de notes (traités)

La décision prise en 1986, qui est contestée, est contenue dans un protocole d'entente signé par le général MacNaughton au nom du ministère de la Défense nationale. Les autres signataires du protocole sont l'Armée de l'Air des États-Unis, le ministère de la Défense du Royaume-Uni et le ministère fédéral de la Défense de la République fédérale d'Allemagne. Le protocole énonce les conditions auxquelles les trois pays susmentionnés sont autorisés à utiliser les installations de la base de Goose Bay et certains couloirs aériens et polygones de tir à blanc au Canada (que nous appellerons les installations et l'espace aérien du Canada).

Le protocole de 1986 a été conclu conformément aux dispositions d'échanges de notes (traités) signés par le Canada et les trois pays membres de l'OTAN susmentionnés. Ces échanges de notes ont été signés à diverses dates entre 1976 et 1983. Je cite celui qui a été signé en 1979 avec le Royaume-Uni pour illustrer le rapport qui existe entre la décision documentée par le protocole d'entente de 1986 et les échanges de notes. L'échange de notes de 1979 signé avec le Royaume-Uni porte le titre «Accord modifiant l'Accord de 1971 concernant l'instruction militaire des Forces armées du Royaume-Uni au Canada». Comme ce titre l'indique, le document constitue une modification à un accord antérieur, par échange de notes, intervenu entre le Canada et le Royaume-Uni le 20 août 1971. L'échange de notes de 1979 comporte deux parties: je qualifierai la première de note explicative et la seconde, d'énoncé des modalités. Voici l'une des dispositions de la note explicative:

IV. Le présent Accord et l'Énoncé de modalités y joint pourront être modifiés par un consentement mutuel des Parties. L'Énoncé de modalités peut également être modifié dans les conditions prévues par l'Énoncé même à condition que lesdites modifications soient conformes aux dispositions du présent Accord

Voici les dispositions pertinentes de l'énoncé des modalités:

TROISIÈME PARTIE

Entraînement de la Royal Air Force

17. La présente partie est assujettie aux ententes conclues entre le Canada et le Royaume-Uni concernant le cantonne-

Air Force element at Goose Bay for the purpose of carrying out low-level flying training operations.

18. The Royal Air Force shall have the use of facilities made available to them at present at Canadian Forces Station Goose Bay for tactical low-level flying training. The yearly target is a programme of about 120 aircraft visits, each lasting about nine or ten days. The number of aircraft participating is likely to vary but usually about three are expected to be at Canadian Forces Station, Goose Bay at any one time. The United Kingdom may use the staging post at Canadian Forces Station, Goose Bay for RAF aircraft in transit and may retain there an RAF detachment of up to 150 officers and men.

19. The terms and conditions under which training facilities in addition to those mentioned in this Part may be made available by Canada shall be the subject of negotiation between the Ministry of Defence (AIR) and National Defence Headquarters in the event that a requirement is reported by the United Kingdom. [Underlining added.]

Thus, in so far as the Ministry of Defence of the United Kingdom and the Canadian Department of National Defence are concerned, the 1986 memorandum of understanding was entered into pursuant to the terms of section 19 of the schedule of terms and conditions of the 1979 Exchange of Notes.

The 1986 memorandum deals in large part with how the costs associated with the use of the Goose Bay air base facilities will be borne by the respective parties. It also describes the facilities and airspace which are the subject of that agreement and it contains terms for the alteration or termination of the agreement. Some of the terms are as follows:

SCOPE

6. DND will provide to the Allied Users:

- a. the use of the Goose Bay airfield, buildings, facilities, infrastructure and equipment as detailed in this MOU [Memorandum of Understanding] and its Annexes;
- b. special use flying areas (approximating those described in the DND Flight Information Publication GPH 205 dated 6 June 1985, Annex F) suitable for the conduct of tactical low level flying training down to 100' above all obstacles within 200' of track under visual meteorological conditions (VMC) during the day; and down to 200' above ground level (AGL) under instrument meteorological conditions (IMC) or during the night, with Terrain Following Radar (TFR); and
- c. practice target areas, as may be decided between DND and the Province of Newfoundland, which constitute suitable tactical ranges.

ment d'un élément de la Royal Air Force à la base des Forces canadiennes de Goose Bay à des fins d'entraînement à des opérations de vol à basse altitude.

18. La Royal Air Force conservera l'usage des installations actuellement mises à sa disposition à la base des Forces canadiennes de Goose Bay pour l'entraînement tactique au vol à basse altitude. L'objectif annuel du programme est d'environ 120 visites d'appareils, chacune d'une période approximative de 9 à 10 jours. Le nombre d'appareils qui y prendront part pourra varier, mais en général il devrait y en avoir environ trois à la fois à Goose Bay. Le Royaume-Uni pourra utiliser le poste de relais de Goose Bay pour les appareils de la Royal Air Force qui sont de passage, et pourra y maintenir un détachement de la RAF d'au plus 150 officiers et soldats.

19. Dans le cas où le Royaume-Uni en ferait la demande, les modalités en vertu desquelles le Canada peut mettre à la disposition de la RAF des installations d'entraînement s'ajoutant à celles mentionnées dans la présente partie feront l'objet de négociations entre le ministère de la Défense (Air) et le Quartier général de la Défense nationale. [C'est moi qui souligne.]

Ainsi donc, dans le cas du ministère de la Défense du Royaume-Uni et du ministère canadien de la Défense nationale, le protocole d'entente de 1986 a été signé conformément aux modalités de l'article 19 de l'énoncé des modalités de l'échange de notes de 1979.

Le protocole de 1986 porte en grande partie sur le partage entre les différentes parties des frais associés à l'utilisation des installations de la base aérienne de Goose Bay. Il décrit également les installations et l'espace aérien qui font l'objet de cette entente et contient des modalités au sujet de la modification et de la résiliation de l'accord. En voici quelques extraits:

PORTÉE

6. Le MDN fournira aux utilisateurs alliés:

- a. l'usage de l'aérodrome de Goose Bay et des bâtiments, installations, infrastructures et équipements décrits dans le présent protocole d'entente et ses annexes;
- b. des zones de vol à statut spécial (se rapprochant de celles qui sont décrites à l'annexe F de la Publication d'information de vol du MDN—GPH 205 du 6 juin 1985) appropriées pour l'entraînement au vol tactique à basse altitude; un avion d'entraînement pourra descendre jusqu'à 100' au-dessus de tout obstacle situé à moins de 200' de sa route dans des conditions météorologiques de vol à vue (VMC) durant le jour, et jusqu'à 200' au-dessus du sol (AGL) dans des conditions météorologiques de vol aux instruments (IMC) ou pendant la nuit, avec un radar de suivi de terrain (TFR); et
- c. des zones avec cibles d'entraînement, à déterminer par le MDN et la province de Terre-Neuve, qui constituent des polygones de tir acceptables.

OPERATION

7. Allied Users will comply with applicable Canadian military and civil flying regulations, and will conduct flying operations only in those areas, along those routes and under those conditions specified and approved by Canada. The Officers Commanding (OC) Units of Allied Users at Goose Bay will be informed of, and make themselves familiar with, the applicable regulations and will bring to the attention of all personnel under their respective commands, or attached to their units, the requirements to comply with such regulations. Any regulation that adversely affects the scope of allied military flying operations may be referred to NDHQ for resolution if any one of the Allied Users disagrees with its implementation.

8. Military flying activities will be performed so as to have due regard for the safety and well being of all people and wildlife in the area, and for the operations of civil air carriers. Local military flying operations will be coordinated through the Military Co-ordination Centre. Flight safety and accident investigation will be carried out in accordance with STANAG 3531. Subject to air traffic control requirements, Military Users will have the right to taxi aircraft over all airfield surfaces required for their operations.

Capital Expenditures

15. Each Military User will be allocated certain buildings, facilities, infrastructures and equipment at Goose Bay which will be dedicated solely for its use. The capital expenditures incurred for approved modifications, additions or extensions to existing dedicated buildings, facilities, infrastructure and equipment will be borne by that User. The total cost of constructing any new dedicated facilities requested by a User will be the responsibility of that User.

REDUCTION, SUSPENSION AND TERMINATIONWithdrawal of, or Significant Reduction in, Activities

37. Should DND not be able to meet its commitment, as defined in para 6 of this MOU, and thereby in the view of the Allied User(s) degrade the operational environment, the Military User(s) will immediately enter into consultations regarding the matter. Should the consultations fail to resolve the matter to the satisfaction of the objecting Allied User(s) within 30 days, such Allied User(s) may withdraw without further notice. The financial terms of withdrawal and the settlement of residual values will be by separate negotiations.

Annexes to this memorandum of understanding set out the maximum number of aircraft and personnel which each party to the agreement may station

OPÉRATIONS

7. Les utilisateurs alliés respecteront les règlements de vol civils et militaires du Canada, et ne mèneront leurs opérations de vol que dans les régions, le long des routes et dans les conditions déterminées et approuvées par le Canada. Les commandants des unités des utilisateurs alliés à Goose Bay seront informés des règlements qui s'appliquent, les connaîtront et les porteront à l'attention de toutes les personnes qui relèvent de leur autorité ou qui sont rattachées à leurs unités, en soulignant la nécessité de s'y conformer. Tout règlement ayant un effet défavorable sur l'envergure des opérations militaires alliées pourra être soumis à l'arbitrage du QGDN, si l'un ou l'autre des utilisateurs alliés s'oppose à son application.

8. Les activités militaires aériennes seront menées de façon à respecter la sécurité et le bien-être de la population et de la faune de la région, ainsi que les opérations des transporteurs aériens civils. Les vols militaires locaux seront coordonnés par le Centre de coordination militaire. Les mesures de sécurité aérienne et les enquêtes sur les accidents seront conformes au STANAG 3531. Sous réserve des besoins ayant trait au contrôle de la circulation aérienne, les utilisateurs militaires auront le droit de rouler sur toutes les aires d'atterrissage, de circulation et de stationnement de l'aérodrome requises dans le cadre de leurs opérations.

Dépenses en capital

15. Chaque utilisateur militaire se verra attribuer certains bâtiments, certaines installations, certaines infrastructures et certains équipements, à Goose Bay, qui seront réservés à son usage exclusif. Les dépenses en capital engagées pour des modifications, des agrandissements ou des ajouts approuvés à ces bâtiments, ces installations, ces infrastructures et ces équipements seront supportées par cet utilisateur. Le coût total de la construction de toute nouvelle installation d'usage exclusif, à la demande d'un utilisateur, sera supporté par cet utilisateur.

RÉDUCTION, SUSPENSION ET CESSATION DES ACTIVITÉSRetrait d'un utilisateur, ou réduction importante de ses activités

37. Si jamais le MDN se trouve dans l'incapacité de remplir ses engagements tels que définis au paragraphe 6 du présent protocole d'entente, provoquant ainsi, de l'avis d'un ou de plusieurs utilisateurs alliés, une dégradation du milieu opérationnel, les utilisateurs militaires devront immédiatement entreprendre des consultations à ce sujet. Si ces consultations ne permettent pas, dans un délai de 30 jours, de régler la question à la satisfaction des utilisateurs alliés qui ont formulé l'objection, ces utilisateurs alliés pourront se retirer du protocole d'entente sans autre avis. L'établissement des conditions financières de ce retrait, et le règlement des questions liées à la valeur résiduelle des investissements, feront l'objet de négociations distinctes.

Des annexes à ce protocole d'entente prévoient le nombre maximal d'avions et de militaires que chacune des parties au protocole est autorisée à sta-

at Goose Bay. In the case of the United Kingdom Air Force (R.A.F.) this is 350 personnel and 20 aircraft; for the United States Air Force it is 500 personnel and 24 aircraft; in the case of the Federal Republic of Germany (G.A.F.) the limits are 400 personnel and 25 aircraft.

The Netherlands joined the United Kingdom, the United States and the Federal Republic of Germany, as a user of the base and airspace, in 1987. An exchange of notes in this regard was signed between Canada and the Netherlands on March 26, 1987. Pursuant to that agreement, the terms and conditions set out in the memorandum of understanding of 1986 with the other NATO members became applicable to govern the terms of the use of the Canadian facilities and airspace by the Netherlands as well. An annex was added to the 1986 memorandum of agreement stating that the Royal Netherlands Air Force would be permitted to station up to a maximum of 400 personnel and 25 combat aircraft at Goose Bay at any one time.

Exchanges of Notes—Not Subject to Review Pursuant to EARP Guidelines Order—Treaty Making and Treaty Implementing Powers to be Distinguished

I do not think it can be seriously contested that the decisions to enter into the various exchanges of notes do not fall within the scope of the *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order* (SOR/84-467). That Order provides that the review process is one under which initiating departments shall first prepare an initial environmental assessment and, then, depending upon the outcome of that assessment either proceed with the project or refer it for review by what I will call EARP Panel. A “department” is defined by the terms of the Order [section 2] (subject to some exceptions) as:

2. ...

(a) any department, board or agency of the Government of Canada, and

(b) any corporation listed in Schedule D to the *Financial Administration Act* and any regulatory body;

The various exchanges of notes are signed by Canada as an exercise of prerogative powers. The

tionner à Goose Bay. Dans le cas du Royaume-Uni, la R.A.F. est autorisée à y stationner 350 militaires et 20 avions; l'Armée de l'Air des États-Unis peut y stationner 500 militaires et 24 avions, et, dans le cas de la République fédérale d'Allemagne, l'Armée de l'Air allemande est limitée à 400 militaires et à 25 avions.

Les Pays-Bas se sont ajoutés en 1987 aux utilisateurs de la base et de l'espace aérien, c'est-à-dire au Royaume-Uni, aux États-Unis et à la République fédérale d'Allemagne. Un échange de notes a été signé à cet égard entre le Canada et les Pays-Bas le 26 mars 1987. Conformément à cet accord, les modalités énoncées au protocole d'entente de 1986 signé avec les autres membres de l'OTAN sont devenues applicables aux conditions d'utilisation des installations et de l'espace aérien du Canada par les Pays-Bas. Une annexe a été ajoutée au protocole d'entente de 1986 pour déclarer que l'Armée de l'Air des Pays-Bas serait autorisée à stationner jusqu'à 400 militaires et 25 avions de combat à la fois à Goose Bay.

Exemption des échanges de notes de l'examen prévu au Décret—Distinction entre le pouvoir de conclure des traités et le pouvoir de les mettre en œuvre

Je ne crois pas qu'on puisse sérieusement contester que les décisions de conclure les divers échanges de notes ne tombent pas sous le coup du *Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement* (DORS/84-467). Le Décret prévoit que le processus d'examen est une méthode par laquelle le ministère responsable procède d'abord à une évaluation environnementale initiale et décide ensuite, suivant l'issue de cette évaluation, soit de réaliser le projet, soit de le soumettre à une commission d'évaluation environnementale pour examen. Suivant le Décret [article 2], le mot «ministère» s'entend (sous réserve de certaines exceptions):

2. ...

a) de tout ministère, commission ou organisme fédéraux, ou

b) dans les cas indiqués, l'une des corporations de la Couronne nommées à l'annexe D de la *Loi sur l'administration financière* ou tout organisme de réglementation.

Le Canada signe les divers échanges de notes en vertu de ses prérogatives. Les échanges de notes

exchanges of notes are essentially international treaties. A. E. Gotlieb's text on *Canadian Treaty-Making* (Butterworths, 1968), at pages 4 and 5, describes the process as follows:

This means, in effect, that the treaty-making power in Canada is exercised by the Governor-General in Council on the advice of the Canadian ministers and, in particular, the minister responsible for foreign relations, the Secretary of State for External Affairs. [Underlining added.]

The Governor in Council would not seem to be a "department, board or agency of the Government of Canada", within the meaning of the EARP Guidelines Order.¹ I was referred to Mr. Justice Rouleau's comments in *Angus v. Canada* (T-47-90, January 12, 1990, not yet reported):

Under the Guidelines, the "initiating department" must not only be the proposer of the anticipated directive, but it must also be the decision maker, i.e. the enacting body. As you well know, it is not up to the Court to legislate, but Parliament. It is they who have chosen to exclude from their definition of "initiating departments" this particular powerful executive arm of government. Though it has been suggested to me that courts may have, in certain circumstances, found that the Governor General in Council could be considered a "board" under the *Federal Court Act*, one cannot, by analogy, transpose that finding to give this Court the authority to make a determination that under the EARP Guidelines it was meant to include this body in its definition of "initiating departments".

If I understand counsel for the respondent's argument correctly, it is that since the decisions to enter into the various exchanges of notes are ones taken by the Governor in Council they do not fall within the EARP Guidelines Order. Similarly, it is argued that the 1986 memorandum of understanding should be considered as a mere variation of those treaties and therefore equally outside the ambit of the Order. (The decisions to enter into the exchanges of notes with the United Kingdom (1979), the United States (1976) and the Federal Republic of Germany (1981 and 1983) would, of course, fall outside the scope of the Order for another reason as well: they were all taken before the EARP Guidelines Order came into force, in 1984.)

I am not convinced that counsel's argument with respect to the immunity of the 1986 decision, merely because it relates to treaty obligations, can withstand scrutiny. As I understand the treaty

¹ This conclusion has to be read in the light, of course, of the decision in *Operation Dismantle Inc. et al v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441.

sont essentiellement des traités internationaux. Voici comment A. E. Gotlieb explique le processus dans son ouvrage intitulé *Canadian Treaty-Making* (Butterworths, 1968), aux pages 4 et 5:

a [TRADUCTION] Cela signifie, en fait, qu'au Canada, le pouvoir de conclure des traités est exercé par le gouverneur général en conseil sur l'avis des ministres canadiens et, en particulier, du ministre chargé des affaires étrangères, le Secrétaire d'État aux affaires extérieures. [C'est moi qui souligne.]

b Il semblerait que le gouverneur en conseil ne soit pas un «ministère, commission ou organisme fédéraux» au sens du Décret¹. On m'a cité les commentaires suivants formulés par le juge Rouleau dans le jugement *Angus c. Canada* (T-47-90, 12 janvier 1990, encore inédit):

D'après les lignes directrices, le «ministère responsable» ne doit pas seulement proposer la directive attendue mais également prendre les décisions qui s'imposent, c'est-à-dire «être l'organisme qui agit». Comme vous le savez bien, ce n'est pas à la Cour de légiférer, mais au Parlement. C'est ce dernier qui a choisi d'exclure de la définition de «ministère responsable» cette puissante branche exécutive du gouvernement. Bien qu'on m'ait suggéré que les tribunaux aient pu, dans certains cas, conclure que le gouverneur général en conseil pouvait être considéré comme un «office» aux termes de la *Loi sur la Cour fédérale*, on ne peut, par analogie, transposer cette conclusion pour donner à la présente Cour le pouvoir de décider qu'en vertu des lignes directrices du PÉÉE cet organisme doit être considéré comme un «ministère responsable».

Si je comprends bien son raisonnement, l'avocat de l'intimé prétend que comme elles sont prises par le gouverneur en conseil, les décisions de signer les divers échanges de notes ne tombent pas sous le coup du Décret. Dans le même ordre d'idées, l'avocat affirme que le protocole d'entente de 1986 devrait être considéré comme une simple modification à ces traités et qu'en conséquence, il échappe également à l'application du Décret. (Évidemment, les décisions de signer les échanges de notes avec le Royaume-Uni (1979), les États-Unis (1976) et la République fédérale d'Allemagne (1981 et 1983) échapperaient aussi à l'application du Décret pour une autre raison: elles ont été prises avant que le Décret entre en vigueur, en 1984.)

i Je ne suis pas convaincue que la prétention de l'avocat, que la décision de 1986 bénéficie d'une immunité du simple fait qu'elle se rapporte à des obligations prévues par un traité, puisse résister à

¹ Il faut interpréter cette conclusion en tenant compte, évidemment, de l'arrêt *Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441.

making power, it is that while this resides with the Crown federal, the implementation of any such treaty after its signing becomes a matter for domestic law. On some occasions legislation will be required; this may be federal or provincial as the case may be. On other occasions no legislation may be necessary but implementing action of an executive nature may be required. In that event, it seems to me that the executive implementing action is subject to the applicable domestic law, including the EARP Guidelines Order when it applies. In this regard I note that the Schedule of Terms and Conditions to the 1979 Exchange of Notes with the United Kingdom (paragraph 1) provides that: "training activities shall be conducted in accordance with applicable Canadian laws and regulations." And paragraph 27 provides that "Due attention shall be paid by the British Forces to the environment and any regulations applicable to the Canadian Forces in respect of environmental conditions and restrictions shall be strictly adhered to." Similar provisions are found in the exchanges of notes with the Federal Republic of Germany (paragraph 4) and in that with the Netherlands (paragraph 4).

Counsel for the respondent also argued that the decisions in question (whether under the treaties or under the implementing arrangements of 1986) could not fall under the EARP Guidelines Order because they were not legally binding. That is, it was argued that the EARP Guidelines Order contemplates that the review process only applies when irrevocable decisions are involved. It is argued that the agreements with the various members of NATO respecting the use of the Canadian facilities and airspace are not irrevocable agreements. As international agreements, these agreements are by their very nature not legally enforceable. Disputes arising thereunder are all subject to negotiation. I do not agree with counsel's argument that merely because the decisions may not be legally enforceable under domestic law, the decisions taken are therefore irrevocable for the purposes of the EARP Guidelines Order. In my view, the term irrevocable as used in the EARP Guidelines Order is not synonymous with the concept

un examen minutieux. Dans mon esprit, le pouvoir de conclure des traités relève de la Couronne fédérale, mais la mise en œuvre d'un traité après sa signature devient une question de droit interne. Dans certaines situations, il faudra adopter une loi; il peut s'agir d'une loi fédérale ou d'une loi provinciale, selon le cas. Dans d'autres cas, il ne sera pas nécessaire d'adopter une loi, mais une mesure de mise en œuvre de caractère exécutif pourra être nécessaire. Dans ce cas, il me semble que la mesure exécutive de mise en œuvre est régie par le droit interne applicable, y compris le Décret, lorsqu'il s'applique. À cet égard, je constate que l'énoncé des modalités de l'Échange de notes de 1979 signé avec le Royaume-Uni prévoit, à son paragraphe premier, que «la conduite des activités d'entraînement militaire sera soumise aux lois et règlements canadiens applicables». Et le paragraphe 27 dispose que: «Les Forces britanniques accorderont toute l'attention requise à l'environnement et se conformeront scrupuleusement à tout règlement applicable aux Forces canadiennes en ce qui concerne la protection de l'environnement.» Des dispositions similaires sont énoncées dans les échanges de notes signés avec la République fédérale d'Allemagne (au paragraphe 4) et dans ceux qui ont été signés avec les Pays-Bas (au paragraphe 4).

f

L'avocat de l'intimé prétend également que le Décret est inapplicable aux décisions en question (qu'elles aient été prises en vertu des traités ou en vertu des mesures de mise en œuvre de 1986) parce qu'elles ne sont pas légalement exécutoires, étant donné que, suivant le Décret, le processus d'examen ne s'applique que lorsque des décisions irrévocables sont en cause. L'avocat prétend que les accords conclus avec les divers membres de l'OTAN au sujet de l'utilisation des installations et de l'espace aérien du Canada ne constituent pas des accords irrévocables. En tant qu'ententes internationales, ces accords n'ont, de par leur nature même, aucun caractère exécutoire. Les différends qui sont soulevés à leur sujet doivent être réglés par voie de négociation. Je ne souscris pas à la prétention de l'avocat suivant laquelle en raison du simple fait qu'elles peuvent ne pas être légalement exécutoires en droit interne, les décisions prises sont en conséquence irrévocables au sens du Décret. À mon avis, le terme «irrévocable» employé

g

h

i

j

that a matter is legally binding pursuant to domestic law.

In summary, then, I do not agree that because a proposal has been implicitly authorized by the Governor in Council, as a result of being the subject of an international agreement (the signing of which was approved by the Governor in Council), it therefore falls outside the scope of the EARP Guidelines Order. I think counsel for the applicant's argument is correct, that one must look at the decisions and actions which have to be taken, by the relevant government department, to implement the treaty which was entered into. It is to those decisions and activities that the EARP Guidelines Order may attach.

Establishment of NATO Training Centre

The decision which has not yet been made, which the applicant seeks by these proceedings to prevent, is an affirmative response on the part of the Minister of National Defence to NATO, should the Euro-NATO Training Group choose Goose Bay as a suitable site for a new Fighter Weapons Training Centre (hereinafter NATO Training Centre). In July of 1984 Canada forwarded a proposal to NATO suggesting Goose Bay as a suitable site for such a centre. Sites in other countries are also being considered. It is anticipated that a decision will be made in May of 1990. The applicant fears that if the NATO decision is one in favour of Goose Bay, then, the Minister of National Defence will want to respond to that decision, immediately, regardless of whether the environmental assessment process required by the EARP Guidelines Order has been completed. As will appear from what is said below, the Minister contends that this is an ill-founded apprehension.

Low Level Flying Training—an On-Going Activity—Nature and Extent

Low level flying training takes place out of Goose Bay each year between the months of April and November. This year it is scheduled to start on April 17. Equipment, personnel and other support mechanisms are moved onto the base, starting April 1. This activity has been occurring for many years. At the same time, the number of training

dans le Décret ne saurait être assimilé au concept du caractère légalement obligatoire d'une question selon le droit interne.

Ainsi donc, pour récapituler, je ne suis pas d'accord pour dire qu'en raison du fait qu'elle a été implicitement autorisée par le gouverneur en conseil parce qu'elle fait l'objet d'une entente internationale (dont la signature a été approuvée par le gouverneur en conseil), une proposition ne tombe pas sous le coup du Décret. J'estime bien fondée la prétention de l'avocat suivant laquelle il faut examiner les décisions et les mesures que le ministère fédéral compétent doit prendre pour mettre en œuvre le traité qui a été conclu. Ce sont ces décisions et ces activités auxquelles le Décret peut s'appliquer.

Mise sur pied d'un centre d'entraînement de l'OTAN

La décision qui n'a pas encore été prise et que la requérante cherche à empêcher par la présente poursuite consisterait pour le ministère de la Défense nationale à répondre affirmativement à l'OTAN si le Groupe d'entraînement Euro-OTAN choisissait Goose Bay comme site approprié pour l'établissement du nouveau Centre d'entraînement de chasse tactique (ci-après appelé Centre d'entraînement de l'OTAN). En juillet 1984, le Canada a envoyé à l'OTAN une proposition suggérant Goose Bay comme emplacement approprié pour un tel centre. On étudie également des emplacements situés dans d'autres pays. On prévoit qu'une décision sera prise en mai 1990. La requérante craint que si la décision de l'OTAN favorise Goose Bay, le ministre de la Défense nationale voudra réagir sans délai, sans se soucier de la question de savoir si le processus d'évaluation environnementale exigé par le Décret est terminé. Comme on le verra plus loin, le ministre prétend que cette crainte n'est pas fondée.

Entraînement au vol à basse altitude—activité en cours—nature et portée

L'entraînement au vol à basse altitude a lieu à Goose Bay chaque année entre les mois d'avril et de novembre. Cette année, il devrait normalement débiter le 17 avril. On transporte de l'équipement, du personnel et d'autres éléments de soutien à la base à compter du 1^{er} avril. Cette activité se déroule depuis de nombreuses années. Par ailleurs,

flights ("sorties") has steadily increased from year to year. The increase in level of activity is obvious from the following table:

Year	Number of sorties
1976	500
1977	566
1978	570
1979	470
1980	860
1981	1,840
1982	2,027
1983	2,468
1984	3,008
1985	4,148
1986	5,432
1987	6,838
1988	6,807
1989	7,021

The number of flights estimated for 1990 are 7,600 with a maximum of 8,200 being possible but not likely.

With respect to the increased activity and changed character of the flights over the years, it must be noted that the low level flights which occurred before 1979 were of a different character from those after that date (navigational as opposed to tactical). Also, the types of planes which engage in the exercises have changed although there is no clear evidence that this has led to an increase rather than a decrease in the decibel level associated with each flight. The extent of the territory over which the flights occur was smaller before 1983 than it is now.

One training flight (sortie) involves a fighter plane taking off at approximately 160 miles per hour, flying a preplanned route to several targets, simulating target attacks and then returning to Goose Bay. Within the areas designated for low level flying, aircraft are authorized to fly down to 100 feet above all obstacles which exist within 200 feet of the aircraft's projected flight path. There is evidence that the average altitude of low level training flights is approximately 200 to 250 feet. The target practices which occur are all (except for one) of a "camera" nature with no projectiles being released. The one exception occurs in a particular 50 square mile area where the dropping of inert, non-explosive devices is allowed. This area is a burned out region and there is evidence that

le nombre de vols d'entraînement («sorties») augmente de façon constante d'année en année, ainsi que le démontre le tableau suivant:

	Année	Nombre de sorties
<i>a</i>	1976	500
	1977	566
	1978	570
	1979	470
	1980	860
	1981	1 840
<i>b</i>	1982	2 027
	1983	2 468
	1984	3 008
	1985	4 148
	1986	5 432
	1987	6 838
<i>c</i>	1988	6 807
	1989	7 021

On estime à 7 600 le nombre de vols qui devraient avoir lieu en 1990; ce chiffre pourrait s'élever jusqu'à 8 200, mais cela est peu probable.

d En ce qui a trait à l'augmentation de l'activité et à la modification de la nature des vols au cours des ans, il convient de noter que les vols à basse altitude qui étaient effectués avant 1979 étaient d'un caractère différent de ceux qui ont eu lieu depuis (il s'agissait de vols de navigation par opposition à des vols tactiques). Par ailleurs, le type d'avions qui se livrent aux exercices en question a changé, bien que rien ne permette de conclure que cela a augmenté plutôt que diminué le niveau de décibels associé à chaque vol. Le territoire au-dessus duquel les vols avaient lieu avant 1983 était moins vaste que le territoire actuel.

e *f* *g* *h* *i* *j* Les vols d'entraînement (sorties) se déroulent de la façon suivante: un avion de combat décolle à une vitesse d'environ 160 milles à l'heure, suit un itinéraire préétabli vers divers objectifs, simule des attaques d'objectifs et revient ensuite à Goose Bay. À l'intérieur des zones désignées pour les vols à basse altitude, l'avion peut descendre jusqu'à 100 pieds au-dessus de tout obstacle qui se trouve en-deça de 200 pieds de la trajectoire de vol projetée de l'avion. Suivant la preuve, l'altitude moyenne des vols d'entraînement à basse altitude est d'environ 200 à 250 pieds. Les exercices de tir auxquels on procède sont tous (à une exception près) des exercices «avec caméra» au cours desquels aucun projectile n'est lancé. La seule exception concerne une zone de 50 milles carrés où le largage de charges inertes est autorisé. Il s'agit d'une région incendiée et, suivant la preuve, les

the aboriginal people themselves have indicated to the Air Force that they have no use for this area.

Application of EARP Guidelines Order to Activities Commenced Before 1984

The EARP Guidelines Order clearly contemplates that the projects to which it will be applied are ones which will be proposed for development, not to activities which predate the existence of the Order. This follows from the general rule of statutory interpretation that legislative provisions are not intended to have a retrospective operation unless a contrary intention clearly appears from the text of the provision. This conclusion also follows from the text of the provisions of the EARP Guidelines Order itself:

3. The Process shall be a self assessment process under which the initiating department shall, as early in the planning process as possible and before irrevocable decisions are taken, ensure that the environmental implications of all proposals for which it is the decision making authority are fully considered

6. These Guidelines shall apply to any proposal

(a) that is to be undertaken directly by an initiating department;

18. It is the responsibility of the Office to

(b) assist the initiating department in the provision of information on the solicitation of public response to proposals early enough in the planning stage that irrevocable decisions will not be taken before public opinion is heard;

33. (1) It is the responsibility of the initiating department in a public review to

(c) ... decide ... the extent to which the recommendations [of a Review Panel] should become a requirement of the Government of Canada prior to authorizing the commencement of a proposal;

(d) ... ensure, in cooperation with other bodies concerned with the proposal, that any decisions made by the appropriate Ministers as a result of the conclusions and recommendations reached by a Panel from the public review of a proposal are incorporated into the design, construction and operation of that proposal and that suitable implementation, inspection and environmental monitoring programs are established; ... [Underlining added.]

autochtones ont eux-mêmes fait savoir aux forces aériennes que cette région ne leur est d'aucune utilité.

Application du Décret aux activités commencées avant 1984

De toute évidence, le Décret envisage que les projets auxquels il s'applique sont des projets dont on proposera la réalisation, et non des activités qui existaient avant l'entrée en vigueur du Décret. Cela découle de la règle générale d'interprétation des lois voulant que les dispositions législatives ne doivent pas être appliquées rétroactivement, à moins qu'une intention contraire ne ressorte à l'évidence du texte de la disposition. Cette conclusion découle également du libellé des dispositions du Décret lui-même:

3. Le processus est une méthode d'auto-évaluation selon laquelle le ministère responsable examine, le plus tôt possible au cours de l'étape de planification et avant de prendre des décisions irrévocables, les répercussions environnementales de toutes les propositions à l'égard desquelles il exerce le pouvoir de décision.

6. Les présentes lignes directrices s'appliquent aux propositions

a) devant être réalisées directement par un ministère responsable;

18. Il incombe au Bureau

b) d'aider les ministères responsables dans la prestation de renseignements et l'obtention de la réaction du public aux propositions, assez tôt au cours de l'étape de planification pour s'assurer que des décisions irrévocables ne sont pas prises avant que l'opinion du public soit entendue;

33. (1) Lors d'un examen public, il incombe au ministère responsable:

c) ... de décider ... de la mesure dans laquelle ces recommandations [de la commission chargée de l'examen] devraient devenir des exigences fédérales avant d'autoriser la mise en œuvre d'une proposition;

d) ... s'assurer, en collaboration avec d'autres organismes responsables, que les décisions prises par les ministres responsables à la lumière des conclusions et des recommandations qu'a formulées une commission à la suite de l'examen public d'une proposition, sont prises en considération dans la conception, la réalisation et l'exploitation de cette proposition et que des programmes appropriés de mise en œuvre, d'inspection et de surveillance environnementale sont établis; ... [C'est moi qui souligne.]

The terms of the Order contemplate an application to new initiatives. While it is clear that the possible establishment of a NATO Training Centre at Goose Bay would fit the description of a new initiative, this is not as true for the on-going (but increasing) low level flying activities which are presently being carried on. Counsel for the applicant invites me to characterize the 1986 memorandum as a proposal (a new initiative) sufficient to bring the low level flying activity provided for therein within the EARP Guidelines Order. He characterizes the entering into of the 1986 memorandum as the type of irrevocable decision to which the EARP Guidelines Order applies. Counsel for the respondent, on the other hand, argues that the Order was never intended to apply and does not apply to this kind of activity. He argues that the Order does not apply to the decision which underlies the 1986 memorandum because that decision relates to the continuation of an on-going activity not qualitatively different from that which had been occurring before the Order came into effect. For reasons which will appear below, I do not find it necessary to decide this very interesting question.

Referral to an Environmental Assessment Panel—
a Voluntary Referral?

In any event, on February 13, 1986 contemporaneously with the signing of the memorandum of understanding of that date, the Minister of National Defence wrote to the Minister of Environment, asking that an EARP review be commenced. The relevant letter reads, in part, as follows:

As you are aware, the Department of National Defence is sponsoring military flying activities by some of our NATO allies in Goose Bay Labrador. This has been ongoing for some time now. Recently the allies have requested that new tactical ranges be provided as part of this activity. In addition, NATO is seeking a site for a Tactical Fighter Weapons Training Centre that could start operations in the early 1990's. Goose Bay is a candidate for this Centre.

Due to the potential for environmental impact resulting from the proposed activities and because of the related expressions of public concern we have heard, I believe it is important that we undertake a thorough public assessment before making our final decision. I therefore request that a formal review of the activities proposed for Labrador and parts of Quebec be under-

Le texte du Décret envisage une demande qui porte sur de nouvelles entreprises. Même s'il est évident que l'établissement éventuel d'un centre d'entraînement de l'OTAN à Goose Bay répondrait à la définition d'une nouvelle entreprise, ce n'est pas le cas pour les opérations de vol à basse altitude qui se déroulent présentement (mais qui s'intensifient). L'avocat de la requérante m'invite à considérer que le protocole de 1986 constitue une proposition (une nouvelle entreprise) suffisante pour qu'on puisse considérer que les activités de vol à basse altitude qui y sont prévues tombent sous le coup du Décret. Il considère la conclusion du protocole de 1986 comme un genre de décision irrévocable à laquelle le Décret s'applique. En revanche, l'avocat de l'intimé affirme qu'on n'a jamais voulu que le Décret s'applique à ce genre d'activité et il affirme qu'il ne s'y applique pas. Il soutient que le Décret ne s'applique pas à la décision qui est à la base du protocole de 1986 parce que cette décision se rapporte à la poursuite d'une activité en cours qui n'est pas différente, au point de vue qualitatif, de celle qui se déroulait avant l'entrée en vigueur du Décret. Pour des motifs que j'expose plus loin, je ne juge pas nécessaire de trancher cette question très intéressante.

Le renvoi devant une commission d'évaluation
environnementale constitue-t-il un renvoi volontaire?

En tout état de cause, le 13 février 1986, en même temps qu'était signé le protocole d'entente de cette date, le ministre de la Défense nationale a demandé par écrit au ministre de l'Environnement d'entreprendre l'examen environnemental prévu au Décret. Voici un extrait de la lettre en question:

Comme vous le savez, le ministère de la Défense nationale rend possible l'organisation d'exercices militaires effectués par certains de nos alliés de l'OTAN à Goose Bay (Labrador). Ces activités durent depuis un certain temps déjà. Nos alliés ont récemment demandé que soient aménagées de nouvelles zones d'exercices aériens répondant à leurs besoins. En outre, l'OTAN recherche un emplacement pour un Centre intégré d'entraînement à l'emploi des armes des chasseurs tactiques dont les activités débuteraient au début des années 1990. Goose Bay est l'une des villes dont la candidature a été retenue pour devenir l'hôte du Centre d'entraînement.

Pour diverses raisons, il me paraît important de renvoyer le projet en examen public avant de prendre une décision définitive. D'une part, les activités proposées risquent d'avoir un impact sur l'environnement et, d'autre part, nous avons pris connaissance des préoccupations du public à l'égard du projet. Je vous demande d'entreprendre une étude officielle sur les

taken in accordance with the Federal Environmental Assessment and Review Process.

The activities to be reviewed are detailed in the attached proposal description and include aircraft flying at supersonic speeds; use of tactical fighter weapons ranges; and, airport expansion, training facilities and infrastructure improvements at Goose Bay itself. I believe it is important to also include those issues associated with the current low level flight training and the increased amount of such training which will begin in the summer of 1986 and continue for an indefinite period. Although Canada is committed to the low level training, I anticipate that the result of a comprehensive review would assist us in designing these activities further to minimize any adverse impact.

This letter of referral carried with it a description of the proposal which was being referred. That description reads in part:

PURPOSE OF THE PROJECT

2. The training facilities now available to European based NATO Air Forces are inadequate. Consequently, there is a military need for additional training facilities. This has resulted in four NATO Air Forces operating at Goose Bay on a bilateral basis and additional air forces considering beginning bilateral training operations there. Under term of a Multinational MOU DND will provide to the Allied Users:

a. the use of the Goose Bay airfield, buildings, facilities, infrastructure and equipment as detailed in this MOU and its Annexes;

b. existing or equivalent special use flying areas (approximating those described in the DND Flight Information Publication GPH 205 dated 6 June 1985, Annex A [sic] suitable for the conduct of tactical low level flying training down to 100' above all obstacles within 200' of track under visual meteorological conditions (VMC) during the day; and down to 200' above ground level (AGL) under instrument meteorological conditions (IMC) or during the night, with Terrain Following Radar (TFR); and

c. practice target areas, as may be decided between DND and the Province of Newfoundland, which constitute suitable tactical ranges.

3. In addition, during 1980 the NATO military staff was tasked by the NATO Military Committee to study the feasibility of establishing an integrated Tactical Fighter Weapons Training Centre (TFWTC) as a potential long-term solution for training NATO Air Forces. The TFWTC is expected to be established in the early 1990s and will provide for the entire spectrum of tactical training required to achieve and maintain high standards of combat proficiency in NATO Tactical Air Forces.

activités proposées au Labrador et dans certaines régions du Québec, conformément au Processus fédéral d'évaluation et d'examen en matière d'environnement.

L'étude devra porter sur les activités énoncées dans la description du projet ci-jointe, notamment les vols à vitesses supersoniques, l'utilisation de zones d'exercices, de même que l'extension de la base et des installations d'instruction, et les travaux d'agrandissement de l'infrastructure à Goose Bay même. Je crois qu'il est important que l'étude porte également sur les problèmes liés aux exercices à basse altitude actuels et à l'intensification future des vols, qui commencera au début de l'été de 1986 et qui se poursuivra pour une période indéfinie. Le Canada a des engagements en ce qui concerne les exercices à basse altitude et je crois qu'une étude d'impact nous aidera à organiser ces activités de manière à réduire tout impact négatif.

À cette lettre était jointe une description du projet qui était soumis. Voici un extrait de la description:

[TRADUCTION] BUT DU PROJET

2. Les installations d'entraînement dont disposent actuellement les forces aériennes de l'OTAN stationnées en Europe sont insuffisantes. En conséquence, on a besoin, sur le plan militaire, d'installations d'entraînement supplémentaires. Actuellement, les forces aériennes de quatre pays membres de l'OTAN mènent des exercices d'entraînement à Goose Bay aux termes d'ententes bilatérales et d'autres forces aériennes envisagent de commencer des opérations d'entraînement selon la même formule bilatérale. Aux termes d'un protocole d'entente multinational, le MDN fournira aux utilisateurs alliés:

a. l'usage de l'aérodrome de Goose Bay et des bâtiments, installations, infrastructures et équipement décrits dans le présent protocole d'entente et ses annexes;

b. des zones de vol à statut spécial (se rapprochant de celles qui sont décrites à l'annexe A [sic] de la Publication d'information de vol du MDN—GPH 205 du 6 juin 1985) appropriées pour l'entraînement au vol tactique à basse altitude; un avion d'entraînement pourra descendre jusqu'à 100' au-dessus de tout obstacle situé à moins de 200' de sa route dans des conditions météorologiques de vol à vue (VMC) durant le jour, et jusqu'à 200' au-dessus du sol (AGL) dans des conditions météorologiques de vol aux instruments (IMC) ou pendant la nuit, avec un radar de suivi de terrain (TFR); et

c. des zones avec cibles d'entraînement, à déterminer par le MDN et la province de Terre-Neuve, qui constituent des polygones de tir acceptables.

3. De plus, au cours de l'année 1980, le personnel militaire de l'OTAN a été chargé par le Comité militaire de l'OTAN d'étudier la faisabilité de la mise sur pied d'un centre intégré d'entraînement de chasse tactique (TFWTC) comme solution à long terme éventuelle au problème de l'entraînement des forces aériennes de l'OTAN. Le centre d'entraînement de chasse tactique (TFWTC) devrait être mis sur pied au début des années quatre-vingt-dix et il fournira toute la gamme d'entraînement tactique requises pour atteindre et maintenir des normes élevées d'efficacité dans les combats livrés par les forces aériennes tactiques de l'OTAN.

Under the EARP Guidelines Order, when a referral to the Minister of Environment has been made, the Minister of Environment establishes an independent Environmental Assessment Panel to review the proposal.² He also establishes, in consultation with the initiating Minister, the terms of reference for that Panel.³ This was done on July 8, 1986. The terms of reference which issued stated in part:

The review will examine:

- 1) the existing and anticipated low level flight training being carried out in accordance with bilateral agreements with NATO allies; and
- 2) a proposal to establish an integrated Tactical Fighter Weapons Training Centre (TFWTC) for training NATO Air Forces. The proposed TFWTC would require airport and infrastructure expansion, as well as training facilities at Goose Bay and the development of tactical weapons ranges in Labrador.

The Panel will consider the impacts of current, planned and proposed military flight training activities on the quality of the environment and on its natural resources, particularly on wildlife, such as the caribou, which are important to native livelihood.

I have set out the content of these documents at some length because they are important for an understanding of part of the respondent's argument.

It is argued that while the EARP Panel has clearly been empowered to review both the on-going (but increasing) low level flying activities as well as the proposed new NATO Training Centre, the letter of referral sent by the Minister of National Defence to the Minister of the Environment, makes it clear that the first subject-matter was referred for review on a voluntary basis only and not because there was any legal necessity under the EARP Guidelines Order to do so. It is argued that the documentation makes it clear that the Minister of National Defence included a reference to the on-going low level flying activities, in his letter of referral, only for the purpose of seeking a Panel's recommendations with respect to methods which might be taken to mitigate any adverse effects on the environment which the low level flying might have. This was done, it is argued, without any legal obligation to do so.

² Ss. 21 and 22 of the *Environmental Assessment and Review process Order* (SOR/84-467).

³ *Id.*, s. 26.

Aux termes du Décret, lorsqu'une proposition lui est soumise, le ministre de l'Environnement constitue une commission indépendante d'évaluation environnementale qu'il charge d'examiner la proposition². Il établit également, après consultation avec le ministre responsable, le mandat de cette commission³. Cela a été fait le 8 juillet 1986. Voici un extrait du mandat:

b La commission se penchera sur les aspects suivants:

- 1) les vols d'entraînement à basse altitude se déroulant actuellement et ceux qui sont prévus en application d'ententes bilatérales conclues avec d'autres pays de l'OTAN;
- 2) le projet de mise en place d'un centre intégré d'entraînement à l'emploi des armes des chasseurs tactiques, pour les forces aériennes de l'OTAN. Ce projet nécessiterait l'expansion des installations aéroportuaires et de l'infrastructure, de même que la construction d'installations d'entraînement à Goose Bay et l'aménagement de champs de tir au Labrador.

d La commission étudiera dans quelle mesure les vols d'entraînement actuels, prévus et proposés peuvent se répercuter sur la qualité de l'environnement et les ressources naturelles, et plus particulièrement sur les espèces fauniques qui, comme le caribou, occupent une place importante dans le mode de vie autochtone.

e J'ai reproduit de larges extraits de ces documents parce qu'ils sont importants pour comprendre une partie de la thèse de l'intimé.

f On prétend que même s'il est vrai que la commission d'évaluation environnementale a manifestement été autorisée à examiner tant les opérations actuelles (mais qui s'intensifient) de vol à basse altitude que le nouveau centre d'entraînement de l'OTAN projeté, le ministre de la Défense nationale a bien précisé, dans la lettre explicative qu'il a envoyée au ministre de l'Environnement, qu'il soumettait la première question à la commission pour examen à titre volontaire seulement et non parce qu'il était légalement tenu de le faire aux termes du Décret. On prétend qu'il ressort à l'évidence des documents que le ministre de la Défense nationale n'a mentionné, dans sa lettre explicative, les opérations de vol à basse altitude en cours que dans le but d'obtenir les recommandations de la commission au sujet des moyens qui pouvaient être pris pour réduire les conséquences négatives que les vols à basse altitude pouvaient avoir sur l'environ-

² Art. 21 et 22 du *Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement* (DORS/84-467).

³ *Id.*, art. 26.

Thus, it is argued that whatever mandatory effects or consequences the EARP Guidelines Order might have in the case of proposals required to be referred to a Panel these should not apply when the referral has been voluntary in nature. That is, if there is an obligation under the EARP Guidelines Order not to proceed with the project being reviewed, until the environmental assessment by the Panel has been completed, this requirement should not apply when a project (existing activities) has been voluntarily referred to a Panel, for advice only.

EARP Guidelines Order—Duty to Complete Environmental Assessment before Proceeding with a Proposal?

It is well established that the provisions of the EARP Guidelines Order are mandatory. It is well established that *mandamus* will lie to compel compliance with the Order, and that *certiorari* will lie to quash a decision which has been made in the absence of compliance with that Order: *Canadian Wildlife Federation Inc. v. Canada (Minister of the Environment)*, [1989] 3 F.C. 309 (T.D.); aff'd (1989), 4 C.E.L.R. (N.S.) 1 (F.C.A.); *Canadian Wildlife Federation Inc. et al. v. Canada (Minister of the Environment) and Saskatchewan Water Corp.* (1989), 31 F.T.R. 1 (F.C.T.D); *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1990] 2 F.C. 18 (C.A.).

Unlike other cases which have come before this Court, the issue in this case is not whether a referral under the EARP Guidelines Order should have been made. As has already been noted, the issue is whether once such a referral has been made an obligation arises so that the initiating department or Minister must not proceed with the project under review, until the referral process and review has been completed.

The relevant facts respecting the incomplete process in this case are as follows. As, already noted, on February 13, 1986, the Minister of National Defence referred two subjects to the

nement. Le ministre aurait agi de la sorte sans être aucunement tenu légalement de le faire. Ainsi donc, on prétend que quels que soient les effets ou les conséquences obligatoires que le Décret pourrait avoir sur les propositions qui doivent être soumises à une commission, ces effets ou conséquences ne devraient pas jouer lorsque le renvoi de la proposition est volontaire. En d'autres termes, si le Décret exige qu'on ne réalise pas le projet à l'examen tant que la commission n'a pas terminé son évaluation environnementale, cette exigence ne devrait pas s'appliquer lorsqu'un projet (portant sur des activités existantes) a été volontairement soumis à une commission dans le seul but d'obtenir son opinion.

Le Décret oblige-t-il à terminer l'évaluation environnementale avant de réaliser une proposition?

Il est bien établi que les dispositions du Décret sont impératives. Il est de jurisprudence constante qu'un bref de *mandamus* peut être décerné pour forcer quelqu'un à se conformer au Décret et qu'un bref de *certiorari* peut être décerné pour annuler une décision qui a été rendue sans qu'on se conforme au Décret: *Fédération canadienne de la faune Inc. c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, [1989] 3 C.F. 309 (1^{re} inst.); conf. à (1989), 4 C.E.L.R. (N.S.) 1 (C.A.F.); *Fédération canadienne de la faune Inc. et autres c. Canada (Ministre de l'Environnement) et Saskatchewan Water Corp.* (1989), 31 F.T.R. 1 (C.F. 1^{re} inst.); *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1990] 2 C.F. 18 (C.A.).

À la différence des autres affaires dont notre Cour a été saisie, la question en litige dans la présente affaire n'est pas de savoir si l'on aurait dû procéder au renvoi prévu au Décret. Comme nous l'avons déjà fait remarquer, le débat porte sur la question de savoir si, une fois que l'on a procédé à ce renvoi, le ministère ou le ministre responsable a l'obligation de ne pas réaliser le projet à l'examen tant que le processus de renvoi et d'examen n'est pas terminé.

Voici les faits pertinents en ce qui concerne l'inachèvement du processus dans le cas qui nous occupe. Comme nous l'avons déjà noté, le 13 février 1986, le ministre de la Défense nationale a

Minister of Environment. One relates to what is clearly a new proposal (the establishment of a NATO Training Centre); the other relates to an on-going activity (low level flying training) which has been increasing in intensity over the years. The independent EARP Panel which is required to be established under the EARP Guidelines Order was named on July 8, 1986 and the terms of reference relating to the review by that Panel were made public on the same day. On August 29, 1986 the Panel issued "operational procedures" which would apply for the purposes of public review of the two proposals. It also issued draft guidelines respecting the kind of information concerning the proposal which the Panel expected the initiating department to provide in its Environmental Impact Statement. An Environmental Impact Statement ("EIS") may be sought by the Panel from the proponent of a proposal in accordance with guidelines established by the Panel. See section 30 of the EARP Guidelines Order.

During September and November 1986, the Panel held public meetings in eighteen communities in Newfoundland, Labrador and Quebec to obtain comments on the draft guidelines it had issued on August 29. Final guidelines for the preparation of the EIS were, then, issued by the Panel in January of 1987. The Panel reported, at that time, that the Department of National Defence expected that the EIS would be completed by January 1988. The EIS was released on October 31, 1989, 22 months after its expected release date.

As of the October 1989 date, the Panel indicated that the procedure for review of the EIS would be: (1) distribution of the EIS to the public; (2) review of the EIS by the Panel, which review process it was expected would take at least 90 days; (3) if as a result of this review the Panel decided that the EIS was deficient it would seek further information thereon, from the Department of National Defence, before holding public hearings; (4) when the Panel decided it had sufficient information on the relevant issues, public hearings would be held; (5) the Panel's report to the Ministers would then be prepared; and (6) the final

soumis deux questions au ministre de l'Environnement. La première concerne ce qui constitue de toute évidence une nouvelle proposition (la mise sur pied d'un centre d'entraînement de l'OTAN); l'autre a trait à une activité en cours (l'entraînement au vol à basse altitude) qui s'est intensifiée au cours des ans. Les membres de la commission indépendante d'évaluation environnementale qui doit être constituée aux termes du Décret ont été nommés le 8 juillet 1986 et le mandat relatif à l'examen auquel devait procéder cette commission a été rendu public le même jour. Le 29 août 1986, la commission a fait connaître la procédure d'examen public des deux propositions. Elle a également publié un projet de directives concernant le type de renseignements relatifs à la proposition que la commission s'attendait à ce que le ministère responsable fournisse dans son énoncé des incidences environnementales. La commission peut demander au promoteur d'une proposition de fournir un énoncé des incidences environnementales (ÉIE) en conformité avec les directives établies par la commission (voir article 30 du Décret).

Au cours des mois de septembre et de novembre 1986, la commission a organisé des réunions publiques dans dix-huit collectivités de Terre-Neuve, du Labrador et du Québec afin d'obtenir des commentaires sur le projet de directives qu'elle avait établi le 29 août. La commission a rédigé la version finale des directives en vue de la préparation de l'ÉIE en janvier 1987. La commission a alors indiqué que le ministère de la Défense nationale s'attendait à ce que l'ÉIE soit terminé dès le mois de janvier de 1988. L'ÉIE a été publié le 31 octobre 1989, vingt-deux mois après la date prévue de sa publication.

Le 31 octobre 1989, la commission a précisé que le processus d'examen de l'ÉIE comporterait les étapes suivantes: (1) distribution de l'ÉIE au public; (2) examen de l'ÉIE par la commission, ce qui, suivant les prévisions de la commission, nécessiterait au moins 90 jours; (3) demande par la commission d'autres renseignements au ministre de la Défense nationale avant de tenir des audiences publiques si, à la suite de cet examen, la commission décelait des lacunes dans l'ÉIE; (4) tenue d'audiences publiques si la commission estimait avoir reçu suffisamment de renseignements sur les questions pertinentes; (5) rédaction d'un

decision of the Ministers would be made public. As of the date of the hearing before me, on April 3, 1990 the Panel had not yet completed step two, described above. In the middle of the hearing before me, the Panel chose to issue a public announcement that it was not satisfied with the level of information provided to it in the EIS and that it would indeed be calling for further information before holding the public hearings referred to in step four above, which hearings are required by the EARP Guidelines Order.⁴ The Panel did not, however, identify the precise areas of deficiency which it found in the EIS; it indicated that it would do so later in April after it had reviewed all the participants' comments respecting that issue. These comments were provided to the Panel as a result of its invitation to members of the public, including the applicant, seeking their comments as to whether the EIS adequately met the guidelines which had been established in January of 1987.

Counsel for the applicant's argument is that the proposal under review cannot be proceeded with until the Panel's assessment is complete and its report has been made to the relevant Ministers. It is argued that the EARP Guidelines Order imposes a duty on the initiating department, when a proposal is referred to an EARP Panel for consideration, not to proceed with the proposal until that review is completed. It is argued that this follows from the wording of specific sections of the EARP Guidelines Order, particularly section 12, as well as from the general scheme and purpose of the Order.

The argument based on the textual provisions of the Order focuses on sections 10, 12, 13 and 20 as well as on sections 3, 6, 18 and 33. Sections 10, 12, 13 and 20 provide:

10. (1) Every initiating department shall ensure that each proposal for which it is the decision making authority shall be subject to an environmental screening or initial assessment to determine whether, and the extent to which, there may be any potentially adverse environmental effects from the proposal.

(2) Any decisions to be made as a result of the environmental screening or initial assessment referred to in subsection (1)

⁴ See: *id.* sections 20, 21, 25, 28 and 29, among others.

rapport à l'intention des ministres; (6) communication publique de la décision finale des ministres. À la date de l'audience qui s'est déroulée devant moi, le 3 avril 1990, la commission n'avait pas terminé la deuxième étape susmentionnée. Au milieu de l'audience qui s'est déroulée devant moi, la commission a décidé d'annoncer publiquement qu'elle n'était pas satisfaite des renseignements qui lui avaient été fournis dans l'ÉIE et elle a déclaré qu'elle demanderait qu'on lui communique des renseignements supplémentaires avant de tenir les audiences publiques prévues à la quatrième étape précitée, dont le Décret exige la tenue⁴. La commission n'a cependant pas précisé les lacunes qu'elle avait relevées dans l'ÉIE; elle a déclaré qu'elle le ferait plus tard au cours du mois d'avril après avoir examiné tous les commentaires formulés par les participants sur cette question. Ces commentaires ont été fournis à la commission à la suite de l'invitation qu'elle a lancée aux membres du public, y compris la requérante, pour obtenir leurs commentaires sur la question de savoir si l'ÉIE respectait suffisamment les directives qui avaient été établies en janvier 1987.

L'avocat de la requérante prétend que l'on ne peut procéder à la réalisation de la proposition à l'examen tant que la commission n'a pas terminé son évaluation et qu'elle n'a pas soumis de rapport aux ministres compétents. Il prétend que lorsqu'une proposition est soumise à une commission d'évaluation environnementale pour examen, le Décret impose au ministre responsable l'obligation de ne pas réaliser la proposition tant que l'examen n'est pas terminé. Il soutient que cela découle du libellé de certains articles du Décret, dont l'article 12, ainsi que de l'économie générale et de l'objet du Décret.

Le moyen tiré du libellé du Décret est fondé sur les articles 10, 12, 13 et 20, ainsi que sur les articles 3, 6, 18 et 33. Les articles 10, 12, 13 et 20 sont ainsi conçus:

10. (1) Le ministre responsable s'assure que chaque proposition à l'égard de laquelle il exerce le pouvoir de décision est soumise à un examen préalable ou à une évaluation initiale, afin de déterminer la nature et l'étendue des effets néfastes qu'elle peut avoir sur l'environnement.

(2) Les décisions qui font suite à l'examen préalable ou à l'évaluation initiale visés au paragraphe (1) sont prises par le

⁴ Voir notamment les articles 20, 21, 25, 28 et 29 du Décret.

shall be made by the initiating department and not delegated to any other body.

12. Every initiating department shall screen or assess each proposal for which it is the decision making authority to determine if

(a) the proposal is of a type identified by the list described under paragraph 11(a), in which case the proposal may automatically proceed;

(b) the proposal is of a type identified by the list described under paragraph 11(b), in which case the proposal shall be referred to the Minister for public review by a Panel;

(c) the potentially adverse environmental effects that may be caused by the proposal are insignificant or mitigable with known technology, in which case the proposal may proceed or proceed with the mitigation, as the case may be;

(d) the potentially adverse environmental effects that may be caused by the proposal are unknown, in which case the proposal shall either require further study and subsequent rescreening or reassessment or be referred to the Minister for public review by a Panel;

(e) the potentially adverse environmental effects that may be caused by the proposal are significant, as determined in accordance with criteria developed by the Office in cooperation with the initiating department, in which case the proposal shall be referred to the Minister for public review by a Panel; or

(f) the potentially adverse environmental effects that may be caused by the proposal are unacceptable, in which case the proposal shall either be modified and subsequently rescreened or reassessed or be abandoned.

13. Notwithstanding the determination concerning a proposal made pursuant to section 12, if public concern about the proposal is such that a public review is desirable, the initiating department shall refer the proposal to the Minister for public review by the Panel.

20. Where a determination concerning a proposal is made pursuant to paragraph 12(b), (d) or (e) or section 13, the initiating department shall refer the proposal to the Minister for public review. [Underlining added.]

Section 12 requires an initiating department, to undertake an initial screening of a proposal to see whether the proposal will have (1) significant adverse environmental effects or (2) potentially adverse environmental effects that are unknown. If such is the case, or if a proposal is one about which public concern is such that a public review is desirable (section 13), then, the proposal is to be referred to an EARP Panel for review. Counsel's argument is that since, under section 12, it is specifically provided that when a proposal falls under subsections 12(a) or 12(c) it may be proceeded with after initial screening, there is an

ministère responsable et ne peuvent être déléguées à nul autre organisme.

12. Le ministère responsable examine ou évalue chaque proposition à l'égard de laquelle il exerce le pouvoir de décision, afin de déterminer:

a) si la proposition est d'un type compris dans la liste visée à l'alinéa 11(a), auquel cas elle est réalisée telle que prévue;

b) la proposition est d'un type compris dans la liste visée à l'alinéa 11(b), auquel cas elle est soumise au Ministre pour qu'un examen public soit mené par une commission;

c) si les effets néfastes que la proposition peut avoir sur l'environnement sont minimes ou peuvent être atténués par l'application de mesures techniques connues, auquel cas la proposition est réalisée telle que prévue ou à l'aide de ces mesures, selon le cas;

d) si les effets néfastes que la proposition peut avoir sur l'environnement sont inconnus, auquel cas la proposition est soumise à d'autres études suivies d'un autre examen ou évaluation initiale, ou est soumise au Ministre pour qu'un examen public soit mené par une commission;

e) si, selon les critères établis par le Bureau, de concert avec le ministère responsable, les effets néfastes que la proposition peut avoir sur l'environnement sont importants, auquel cas la proposition est soumise au Ministre pour qu'un examen public soit mené par une commission; ou

f) si les effets néfastes que la proposition peut avoir sur l'environnement sont inacceptables, auquel cas la proposition est soit annulée, soit modifiée et soumise à un nouvel examen ou évaluation initiale.

13. Nonobstant la détermination des effets d'une proposition, faite conformément à l'article 12, le ministère responsable soumet la proposition au Ministre en vue de la tenue d'un examen public par une commission, chaque fois que les préoccupations du public au sujet de la proposition rendent un tel examen souhaitable.

20. Lorsque les effets d'une proposition ont été déterminés conformément aux alinéas 12(b), (d) ou (e) ou à l'article 13, le ministère responsable soumet la proposition au Ministre pour examen public. [C'est moi qui souligne.]

L'article 12 oblige le ministère responsable à entreprendre un examen préalable de la proposition afin de déterminer si elle aura (1) soit des effets néfastes importants sur l'environnement (2) soit des effets néfastes éventuels inconnus sur l'environnement. Si c'est le cas, ou si les préoccupations du public au sujet de la proposition rendent un examen public souhaitable (article 13), la proposition doit être soumise à une commission d'évaluation environnementale pour examen. L'avocat prétend que, comme l'article 12 prévoit expressément que lorsqu'une proposition tombe sous le coup des alinéas 12(a) ou 12(c) elle peut être réali-

implied obligation not to proceed with a proposal which has been found to fall under subsections 12(b),(d) or (e) and which has been referred to an EARP Panel. He argues that in such cases the Order implicitly imposes on the initiating department and the Minister the obligation not to proceed with the proposal until the public review process has been completed. The argument that such an effect follows when the referral is made only by reason of section 13 is less strongly put.

With respect to the general scheme of the Order, as has been noted, the Panel's procedure involves the holding of public hearings and the preparing of a report for the relevant Ministers. That report is to be made public and the responsible Ministers must then decide to what extent the Panel's recommendations will be incorporated into the proposal. These decisions of the Ministers are also to be made public. Counsel argues that if a proposal could be referred to a Panel for review and proceeded with at the same time, this would undermine the whole purpose of requiring a public review and that it would undermine the whole purpose of the Order.

Counsel's argument on the text of section 12 and on the general scheme and purpose of the Order, is buttressed by the provisions of sections 3, 6, 18 and 33 (set out at page 15 above). He notes that section 3 of the Order states that the review process is one of self-assessment pursuant to which the initiating department "shall, as early in the planning process as possible and before irrevocable decisions are taken, ensure" [underlining added] that the environmental concerns are fully considered. Section 18 imposes an obligation on the Federal Environmental Assessment Review Office to assist the initiating department in obtaining public response to the proposal "early enough in the planning stage that irrevocable decisions will not be taken before public opinion is heard" [underlining added]. And section 33 states that it is the responsibility of the initiating department to decide which of the recommendations of the Panel will be adopted into "the design, construction and operation of the proposal".

sée après l'examen préalable, il existe une obligation implicite de ne pas réaliser une proposition qui tombe sous le coup des alinéas 12b), d) ou e) et qui a été soumise à une commission d'évaluation environnementale. Il soutient qu'en pareil cas, le Décret impose implicitement au ministère responsable et au ministre l'obligation de ne pas réaliser la proposition tant que le processus d'examen public n'est pas terminé. L'argument suivant lequel l'effet est le même lorsque le renvoi se fonde uniquement sur l'article 13 est moins convaincant.

En ce qui concerne l'économie générale du Décret, comme nous l'avons signalé, la procédure que doit suivre la commission suppose la tenue d'audiences publiques et la rédaction d'un rapport à l'intention des ministres compétents. Ce rapport doit être rendu public et les ministres responsables doivent ensuite décider dans quelle mesure les recommandations de la commission seront incluses dans la proposition. Ces décisions des ministres doivent également être rendues publiques. L'avocat affirme que si une proposition pouvait être à la fois soumise à une commission pour examen et être réalisée, cela contrecarrerait le but poursuivi en exigeant un examen public et ferait échec à l'objet du Décret.

Le moyen que l'avocat tire du libellé de l'article 12 ainsi que de l'économie générale du Décret est étayé par les dispositions des articles 3, 6, 18 et 33 (reproduits à la page 15). Il remarque que l'article 3 du Décret déclare que le processus d'examen est une méthode d'auto-évaluation selon laquelle le ministre responsable «examine [les répercussions environnementales], le plus tôt possible au cours de l'étape de planification et avant de prendre des décisions irrévocables [soulignements ajoutés]. L'article 18 impose au Bureau fédéral d'examen des évaluations environnementales l'obligation d'aider le ministère responsable à obtenir la réaction du public à la proposition «assez tôt au cours de l'étape de planification pour s'assurer que des décisions irrévocables ne sont pas prises avant que l'opinion du public soit entendue» [soulignements ajoutés]. Et l'article 33 déclare qu'il incombe au ministre responsable de décider quelles recommandations de la commission seront prises en considération dans «la conception, la réalisation et l'exploitation de cette proposition».

I initially considered counsel's argument, that there was an implied obligation, under the terms of the Order when read in the light of its purpose, to stop the progress of any proposal once it was referred for review, to be well founded. On reflection I have come to a different conclusion. I do not think the text of the EARP Guidelines Order can bear that interpretation. As has been noted, there is nothing in the Order which expressly requires that a project be halted until the review is complete. In most cases, this might very well occur as a matter of practice. It would clearly be the prudent course of action for a department to follow. But there is no express mandatory obligation of this nature found in the Order. Secondly, the reference to an assessment being carried out before irrevocable decisions are taken, in section 3, relates to the self-assessment process which the initiating department must undertake. It does not relate to the EARP Panel process. The provisions are silent with respect to what happens when a proposal has been referred for review. Section 18 relates to the obligations of the Federal Environmental Assessment Review Office and thus cannot be seen as the foundation of a mandatory stop order to the Minister. And, in so far as section 33 is concerned, while a department has to make decisions as to which of a Panel's recommendations it will adopt, the section does not expressly state that the proposal in question must be halted until the review process is complete.

In addition, an implied mandatory obligation to halt the proposal does not accord well with the general scheme of the Order and with its other provisions. Under the Order initiating departments and Ministers are able to ignore whatever recommendations a Panel might make. They, of course, do so at their peril in so far as public opinion is concerned. Under the scheme of the Order it is the watchful eye of public opinion which is to operate as the leverage to ensure that environmentally responsible decisions are taken. It is entirely consistent with this mechanism, then, that the regime which operates during the course of the panel review process, in so far as any obligation may exist not to proceed with the project is concerned,

J'avais d'abord jugé bien fondée la prétention de l'avocat voulant que, lorsqu'on l'interprète en tenant compte de son objet, le Décret exige implicitement que l'on interrompe toute proposition dès qu'elle est soumise pour examen. Toute réflexion faite, j'en viens à une conclusion différente. Je ne crois pas que le texte du Décret justifie cette interprétation. Comme nous l'avons fait remarquer, il n'y a rien dans le Décret qui exige expressément que l'on interrompe un projet tant que l'examen n'est pas terminé. Dans la plupart des cas, il est fort possible que c'est ce qui se produit en pratique. Cela serait sûrement une façon prudente d'agir pour un ministère. Mais on ne trouve aucune obligation impérative expresse de ce genre dans le Décret. En deuxième lieu, l'évaluation qui doit être effectuée aux termes de l'article 3 avant que des décisions irrévocables ne soient prises concerne le processus d'auto-évaluation que le ministère responsable doit entreprendre. Elle n'a rien à voir avec le processus de la commission d'évaluation environnementale. Le Décret est muet sur la question de savoir ce qui se produit lorsqu'une proposition a été renvoyée pour examen. L'article 18 a trait aux obligations du Bureau fédéral d'examen des évaluations environnementales et ne saurait donc être considéré comme le fondement de l'ordonnance mandatoire de suspension adressée au ministre. Et, en ce qui concerne l'article 33, même s'il est vrai que le ministère doit décider quelles sont les recommandations de la commission qu'il adoptera, l'article ne déclare pas expressément que la proposition en question doit être suspendue tant que le processus d'examen n'est pas terminé.

De surcroît, une obligation impérative implicite de suspendre la proposition cadre mal avec l'économie générale du Décret et avec ses autres dispositions. Le Décret permet aux ministères et aux ministres responsables de ne pas tenir compte des recommandations de la commission. Ils le font évidemment à leurs risques et périls au regard de l'opinion publique. Selon l'économie du Décret, c'est l'œil vigilant de l'opinion publique qui sert de force de levier pour garantir que des décisions responsables sont prises sur le plan de l'environnement. Il est donc tout à fait logique que le régime qui s'applique au cours du processus d'examen de la commission soit d'un caractère semblable, dans la mesure où il peut exister une obligation de ne

would be of a similar nature. In my view, any obligation not to proceed while the project is under review also depends for "enforcement" on the pressure of public opinion and the adverse publicity which will attach to a contrary course of action.

In this regard it is clear that the Minister in this case initially at least intended that the review process be completed before any decision respecting a NATO Training Centre was taken. The referral letter of February 13, 1986 clearly indicates this. A subsequent letter, to the Panel, dated July 25, 1989, indicates that the Minister did not consider that he could proceed with respect to the NATO Training Centre until the Panel had provided at least an interim report. And before me counsel for the Minister, speaking on his behalf, indicated that the Minister had no intention of proceeding with such an initiative until after the Panel's report was received.

Another feature of the review scheme set out in the Order which argues for the conclusion that there is no mandatory legal obligation not to proceed in circumstances such as exist in this case, is the fact that once a proposal is referred to a Panel for consideration, the initiating department has in effect lost all control over the timing of the Panel's procedures. A Panel could thereby permanently stop any proposal referred to it by mere inaction. In my view, if it had been intended that a referral under the EARP Guidelines Order should have the mandatory effect for which counsel argues, some further provisions respecting the time limits within which the review procedure would have to be completed and some provisions concerning the consequences of delay would have been included in the provisions of the Order.

Mandamus and Certiorari—Discretionary Remedies

There are other reasons which would lead me to refuse to issue one of the orders sought in this case. The orders sought, *mandamus* and *certiorari*, are discretionary remedies: see generally de Smith's *Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed. 1980, pages 557 ff. Counsel for the applicant

pas réaliser le projet. À mon avis, le «respect» de l'obligation de ne pas réaliser le projet alors que celui-ci est à l'examen dépend également de la pression de l'opinion publique et de la publicité négative qu'une ligne de conduite contraire comporterait.

À cet égard, il est clair que dans le cas qui nous occupe, le ministre voulait, à tout le moins au début, que le processus d'examen soit terminé avant de prendre une décision au sujet de la mise sur pied d'un centre d'entraînement de l'OTAN. Cela ressort à l'évidence de la lettre explicative du 13 février 1986. Une lettre subséquente, qui porte la date du 25 juillet 1989 et qui est adressée à la commission, indique que le ministre estimait qu'il ne pouvait procéder à la mise sur pied du centre d'entraînement de l'OTAN tant que la commission n'aurait pas fourni à tout le moins un rapport provisoire. Et devant moi l'avocat du ministre, qui s'exprimait au nom de ce dernier, a déclaré que le ministre n'avait pas l'intention de réaliser ce projet tant qu'il n'aurait pas reçu le rapport de la commission.

Une autre particularité du mécanisme d'examen prévu au Décret qui nous amène à conclure qu'il n'existe pas d'obligation légale impérative de ne pas réaliser une proposition dans des circonstances comme celles qui existent en l'espèce est le fait qu'une fois qu'une proposition est soumise à une commission pour examen, le ministre responsable perd de fait tout contrôle sur la durée de la procédure de la commission. Une commission pourrait en conséquence suspendre une proposition qui lui a été soumise par sa simple inaction. À mon avis, si l'on avait voulu que le renvoi prévu au Décret ait l'effet obligatoire que prétend l'avocat, on aurait inclus dans le Décret d'autres dispositions concernant le délai dans lequel le processus d'examen doit être terminé et certaines dispositions concernant les conséquences d'un retard.

Brefs de mandamus et de certiorari—recours discrétionnaires

Il y a d'autres raisons qui m'amèneraient à refuser de décerner l'une des ordonnances sollicitées en l'espèce. Les ordonnances demandées, à savoir le bref de *mandamus* et le bref de *certiorari*, sont des recours discrétionnaires (voir de façon générale de Smith's *Judicial Review of Adminis-*

argued that Mr. Justice Cullen, in *Canadian Wildlife Federation Inc. v. Canada (Minister of the Environment)*, [1989] 3 F.C. 309 (T.D.) held that *mandamus* was not discretionary when there was a statutory duty on the Minister which was to be enforced. I do not read Mr. Justice Cullen's decision in this way. He was merely describing the factors relevant to the issuance of a *mandamus* order; he was not drawing the conclusion which counsel suggests. In order to obtain *mandamus* it is always necessary to find that there is a statutory or legal duty to be enforced. It is only after that requirement has been met that one, then, asks whether there are particular reasons which as a matter of discretion should lead a court to refuse to issue the order in the particular case.

In this case, there are many reasons why a court would not be quick to issue the order sought to prevent the low flying training activity which has been on-going for many years (albeit increasing in intensity).

Of overwhelming importance is the effect which such an order would have on the Goose Bay-Happy Valley communities. There is every reason to believe that, if an order was given requiring that the low level flying training cease, substantial prejudice would be suffered by those communities. CFB Goose Bay, as currently established, exists solely to support the NATO low level flying training. (About 1,700 direct and indirect civilian jobs in the area depend on the military base.) In the event that low level flying training was suspended, there is evidence which indicates that this might very well result in a permanent curtailment of those activities. This in turn would result in massive lay-offs, loss of investment and expenditures for the civilian and military populations of those communities. In addition, Canada would have to pay compensation to the NATO members for the residual value of their investments and presumably for the dislocation arising out of such disbanding. At the very least, an order of the nature sought would result in extensive disruption, dislocation and prejudice to the civilian population of Happy Valley-Goose Bay, to Canadian military personnel

trative Action, 4^e éd., 1980, pages 557 et suivantes). L'avocat de la requérante prétend que dans le jugement *Fédération canadienne de la faune Inc. c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, [1989] 3 C.F. 309 (1^{re} inst.), le juge Cullen a statué que le bref de *mandamus* n'était pas discrétionnaire lorsque la loi impose au ministre une obligation qui devait être exécutée. Ce n'est pas l'interprétation que je fais de la décision du juge Cullen. Il expliquait simplement les facteurs qui sont pertinents lorsqu'il s'agit de décerner un bref de *mandamus*; il n'a pas tiré la conclusion que l'avocat suggère. Pour obtenir un bref de *mandamus*, il est toujours nécessaire de conclure qu'il existe une obligation prévue par la loi qui doit être exécutée. Ce n'est qu'après que cette condition a été respectée qu'on peut se demander s'il existe des raisons particulières qui justifient le tribunal, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, de refuser de prononcer l'ordonnance dans un cas donné.

En l'espèce, il y a de nombreuses raisons pour lesquelles un tribunal hésiterait à prononcer l'ordonnance demandée pour interdire les vols à basse altitude qui sont effectués depuis de nombreuses années (mais qui s'intensifient).

Avant tout, il y a l'effet très important qu'une telle ordonnance aurait sur les collectivités de Goose Bay et de Happy Valley. Il y a toute raison de croire que si la Cour ordonnait la cessation de l'entraînement au vol à basse altitude, ces collectivités subiraient un préjudice important. Sous sa forme actuelle, la base des Forces canadiennes de Goose Bay n'a qu'un rôle d'appui en ce qui concerne l'entraînement au vol à basse altitude (environ 1 700 emplois civils directs et indirects dépendent de la base militaire). Advenant la suspension de l'entraînement au vol à basse altitude, certains éléments de preuve permettent de croire qu'il pourrait fort bien en résulter une réduction permanente de ces activités. Cela entraînerait par ailleurs des congédiements massifs, une perte d'investissement, ainsi que des dépenses pour les populations civiles et militaires de ces collectivités. De plus, le Canada serait obligé de verser une indemnité aux membres de l'OTAN pour la valeur résiduelle de leurs investissements et serait aussi vraisemblablement obligé de leur verser une indemnité pour les bouleversements causés par cette dissolution. Le prononcé d'une ordonnance de cette nature cause-

and their families and to members of the Air Forces of the NATO members referred to herein.

At the same time, the members of the aboriginal communities who are represented by the applicant, in this case, will suffer little prejudice as a result of a refusal to issue the order. They will lose no rights which they presently have. The environmental concerns of the applicant and of others will be addressed by the EARP Panel in the course of its environmental assessment. The refusal to grant the order sought will not prejudice that process. Whatever recommendations arise therefrom will have to be considered by the Minister. At the foundation of this application is a disputed, but unsettled, land claim. But that claim cannot be resolved in the context of the present proceedings. That claim must be resolved in the ordinary way, by court proceedings directed to that purpose if necessary. Those issues are not relevant to the present application.

If there was clear evidence that the effect on the environment of the on-going and increasing low level flying activity was extensive and damaging, that would be a factor which would lead a court to grant the order sought. But, there was no such clear evidence placed before me. There is a lot of speculative and hypothetical comment set out in some of the material which was filed but no concrete evidence that the low level flying as presently being carried out is causing extensive environmental damage. There are a lot of summary criticisms of the EIS in the materials filed. These are often incomplete and pulled out of the context in which they belong. Many are totally irrelevant to environmental issues. In any event, as counsel for the applicant rightly pointed out, the question of environmental impact is the issue which the Panel must decide; it is not directly before me. At the same time, the absence of any clear and unequivocal evidence respecting significant environmental

rait à tout le moins une perturbation, un bouleversement et un préjudice considérables à la population civile de Happy Valley et de Goose Bay, ainsi qu'aux militaires canadiens et à leurs familles, sans parler des membres des forces aériennes de l'OTAN susmentionnés.

Par ailleurs, les membres des collectivités autochtones qui sont représentées en l'espèce par la requérante subiront un préjudice minime en raison du refus de prononcer l'ordonnance. Ils ne perdront aucun des droits qu'ils possèdent présentement. Les préoccupations environnementales de la requérante et d'autres personnes seront examinées par la commission d'évaluation environnementale au cours de son évaluation environnementale. Le refus d'accorder l'ordonnance demandée ne portera pas atteinte à ce processus. Le ministre devra prendre en considération les recommandations qui seront formulées à la suite de cet examen. À la base de la présente requête, il y a une revendication territoriale contestée, mais non réglée. Mais cette revendication ne peut être résolue dans le cadre de la présente instance. Elle doit être résolue de la façon habituelle, au moyen d'une poursuite judiciaire engagée au besoin dans ce but. Ces questions n'ont aucun rapport avec la présente requête.

Si on lui présentait des preuves patentes démontrant que les vols à basse altitude qui sont actuellement effectués avec une intensité croissante ont des incidences importantes et dommageables sur l'environnement, le tribunal serait amené à accorder l'ordonnance demandée. Mais on ne m'a présenté aucune telle preuve patente. Dans les pièces qui ont été produites, on formule beaucoup de commentaires spéculatifs et hypothétiques mais aucune preuve concrète démontrant que les vols à basse altitude présentement effectués causent des dommages considérables à l'environnement. On formule de nombreuses critiques sommaires au sujet de l'ÉIE dans les pièces produites. Elles sont souvent incomplètes et sorties de leur contexte. Beaucoup d'entre elles n'ont absolument rien à voir avec les questions environnementales. De toute façon, ainsi que l'avocat de la requérante l'a à juste titre souligné, la question des incidences environnementales est la question que la commis-

damage is a factor that is relevant in refusing the order sought.

Of some significance, also, in refusing an order of *mandamus* or *certiorari* is the fact that this action could have been commenced by the applicant, at least four years ago. Delay is always a factor in the case of discretionary remedies. Counsel for the applicant argues that the applicant has been involved in the environmental review process and was anticipating that that process would have been completed before now. That is understandable but I am not convinced that this justifies a delay in commencing a court action of the length which exists here. In this regard, while the number of training flights are increasing they are not significantly different in number from those of recent years and there is absolutely no evidence to suggest that the increase is having any dramatically different effect on the environment than was previously the case.

Another very significant factor, which in my view requires the refusal of the issuance of the order concerning the on-going low level flying activity, is the fact that the members of the communities represented by the applicant who are bringing this action have refused to co-operate in any way in order to mitigate the effects which the low level flying training might have on them. They have refused to disclose the location of their camps so that their camps can be avoided by the aircraft engaged in the low flying activities. The extent of the area over which low level flying training takes place, as noted above, is approximately equal to the size of the provinces of New Brunswick and Nova Scotia combined. There is no precise information as to exactly the number of people, represented by the applicant in these proceedings, who fly into this area for hunting and fishing purposes. However, it seems clear that the number is in the order of about 100 people; certainly no more than 200 are involved. Also, there is no reason to think that all 100 are present in the relevant areas at the same time. And, they are not there in the summer-

sion doit trancher et cette question ne m'a pas été directement soumise. Par ailleurs, l'absence d'éléments de preuve patents et univoques concernant les dommages importants causés à l'environnement est un facteur dont on peut tenir compte pour refuser de prononcer l'ordonnance demandée.

De plus, pour refuser de prononcer une ordonnance de *mandamus* ou de *certiorari*, le fait que la présente action aurait pu être introduite par la requérante il y a au moins quatre ans a une certaine importance. Le retard est toujours un facteur qui entre en ligne de compte dans le cas des recours discrétionnaires. L'avocat de la requérante fait valoir que la requérante a participé au processus d'examen environnemental et qu'elle s'attendait à ce que le processus soit terminé plus tôt. Cela est compréhensible, mais je ne suis pas convaincue que cela justifie qu'on ait attendu aussi longtemps pour entamer une action en justice. À cet égard, bien qu'il soit à la hausse, le nombre de vols d'entraînement n'a pas augmenté sensiblement au cours des dernières années et il n'y a absolument aucune preuve qui permette de croire que l'augmentation ait sur l'environnement des incidences qui sont radicalement différentes de celles qui existaient antérieurement.

Un autre facteur très important, qui exige à mon avis qu'on refuse de prononcer l'ordonnance concernant les activités actuelles de vol à basse altitude, est le fait que les membres des collectivités représentées par la requérante qui intentent la présente action ont refusé de collaborer de quelque façon que ce soit pour atténuer les effets que l'entraînement au vol à basse altitude pouvaient avoir sur eux. Ils ont refusé de divulguer l'emplacement de leurs campements pour que les avions se livrant à des activités de vols à basse altitude les évitent. L'étendue du territoire au-dessus duquel l'entraînement au vol à basse altitude se déroule est, comme nous l'avons déjà noté, à peu près équivalent à la superficie des provinces du Nouveau-Brunswick et de la Nouvelle-Écosse combinées. Il n'y a pas de renseignement précis concernant le nombre exact de personnes, qui sont représentées par la requérante à l'instance, qui se rendent dans ce secteur par avion pour y pratiquer la chasse et la pêche. Il semble cependant clair que ce chiffre est de l'ordre d'une centaine de personnes et qu'il n'y a certainement pas plus de 200

time when the low level flying activity is most intense.

The military have a policy of ordering pilots to avoid all camps and some concentrations of wild-life (e.g., caribou herds) when the location of such is known. If information is given to the military with respect to the location of a camp, pilots are ordered not to fly within a three-mile radius thereof. All the camps have high frequency radios and can notify the military of their location. Other aboriginal groups who use the low level flying territory for hunting and fishing purposes would appear to co-operate in this way. At least, there is a large quantity of documentation, in evidence, showing the reported location of camps during the years 1986-89 for which avoidance orders were issued. The camps whose locations are reported are in general avoided although there are on occasion mistakes made. The individuals represented by the applicant in these proceedings refuse to co-operate in this way. They take the position that such co-operation would amount to condoning the low flying activity. This is not valid reasoning. One can mitigate the effects of injurious actions which might be taken by others without condoning them. The refusal to co-operate does, of course, raise the question in a person's mind as to whether or not much use is being made of the territory in question at all by the individuals presently before the Court. That is a natural inference which arises from the conduct in question. In any event, the conduct militates against the issuance of *mandamus* and *certiorari* orders.

Most of the considerations which would lead a court, as a matter of discretion, not to issue a stop order respecting the low level flying, of course, do not apply to the establishment of a new NATO Training Centre which is a completely new initiative.

personnes qui sont en cause. De plus, rien ne permet de penser que ces cent personnes sont toutes présentes en même temps dans les zones pertinentes. Et elles ne s'y trouvent pas l'été lorsque les activités de vol à basse altitude sont les plus intenses.

Au sein des Forces, on a pour politique de donner aux pilotes l'ordre d'éviter tous les campements et certains secteurs où se concentrent les animaux sauvages (par ex., les troupeaux de caribous) lorsqu'on en connaît l'emplacement. Si les Forces sont informées de l'emplacement d'un campement, elles donnent pour instruction aux pilotes de ne pas voler dans un rayon de trois milles de cet emplacement. Tous les campements sont équipés de radios décamétriques et peuvent signaler leur emplacement aux Forces. Il semble que d'autres groupes autochtones qui utilisent les territoires où se déroulent les vols à basse altitude pour y pratiquer la chasse et la pêche collaborent de cette façon. On a du moins déposé en preuve une grande quantité de documents montrant l'emplacement signalé de campements au cours des années 1986 à 1989 pour lesquels des ordres d'évitement ont été donnés. On évite en règle générale les campements dont l'emplacement est signalé, même s'il arrive qu'on fasse des erreurs. Les individus représentés par la requérante à l'instance ont refusé de collaborer de cette façon. Ils prétendent qu'en collaborant de la sorte, ils fermeraient les yeux sur les activités de vol à basse altitude. Ce raisonnement est mal fondé. On peut atténuer les conséquences des actes préjudiciables accomplis par d'autres personnes sans fermer les yeux sur ces actes. Le refus de collaborer nous amène évidemment à nous demander si les individus qui sont présentement devant la Cour utilisent beaucoup le territoire en question. C'est une inférence qui découle naturellement du comportement en question. De toute façon, le comportement milite contre le prononcé des ordonnances de *mandamus* et de *certiorari*.

La plupart des considérations qui amèneraient un tribunal, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, à ne pas prononcer d'ordonnance de suspension concernant le vol à basse altitude ne s'appliquent évidemment pas à la mise sur pied du nouveau centre d'entraînement de l'OTAN, qui représente une entreprise entièrement nouvelle.

Conclusion

As is obvious from what has been set out above, this case raises a number of interesting issues. Among them are: when, if ever, does an activity which pre-existed the issuance of the EARP Guidelines Order but which is increasing in magnitude fall within the scope of that Order; what is the effect if a Minister refers a matter for review to a Panel even if not strictly required by the Order to do so; should an on-going activity which is thus referred or which becomes subject to the Order by virtue of some dramatic change in its quality or character be subject to the same requirements on referral to a Panel as if it were an entirely new initiative (i.e., if there is an obligation to halt a proposal until the review process is completed does this apply). In any event, as appears from the above reasons, it is not necessary for me to deal with these issues because I am of the view that regardless of the answers thereto, the applicant could not succeed in this case. I do not think the EARP Guidelines Order can be interpreted as imposing a mandatory "stop" order on the Minister after a project has been referred for review under that Order. In addition, with respect to any order which might issue to stop the low level flying activity as opposed to the establishment of a NATO Training Centre, there are numerous factors which dictate that such an order should not, in any event, be given. Most important among them is the considerable prejudice such an order would visit upon a large number of people who are not represented before the Court as compared to the minimal prejudice which the applicant will suffer as a result of a refusal to issue the order.

For the reasons given the application is dismissed.

Conclusion

Ainsi qu'il ressort à l'évidence de ce qui précède, la présente affaire soulève plusieurs questions intéressantes. En voici quelques-unes: Dans quels cas une activité qui existait avant l'entrée en vigueur du Décret mais dont l'ampleur ne cesse d'augmenter tombe-t-elle sous le coup du Décret? Qu'arrive-t-il lorsqu'un ministre soumet une affaire à une commission pour examen même s'il n'est pas strictement tenu de le faire aux termes du Décret? Une activité en cours qui est ainsi soumise ou qui devient assujettie au Décret en raison d'un changement radical dans sa qualité ou sa nature devrait-elle être soumise aux mêmes exigences en cas de renvoi à une commission comme s'il s'agissait d'une entreprise entièrement nouvelle (c.-à-d., si l'on doit suspendre la proposition jusqu'à ce que le processus d'examen soit terminé, cela s'applique-t-il)? En tout état de cause, comme il ressort des motifs précités, il ne m'est pas nécessaire d'examiner ces questions, parce que je suis d'avis qu'indépendamment des réponses qu'on leur donnerait, la requérante ne pourrait obtenir gain de cause en l'espèce. Je ne crois pas que l'on puisse considérer que le Décret oblige le ministre à «suspendre» un projet après qu'il a été soumis à un examen en vertu du Décret en question. De plus, en ce qui concerne l'ordonnance qui pourrait être prononcée pour suspendre les activités de vol à basse altitude par opposition à la mise sur pied d'un centre d'entraînement de l'OTAN, il y a de nombreux facteurs qui nous amènent en tout état de cause à ne pas prononcer une telle ordonnance. Le facteur le plus important est le préjudice considérable qu'une telle ordonnance ferait subir à beaucoup de personnes qui ne sont pas représentées devant la Cour en comparaison du préjudice minimal que la requérante subira par suite du refus de prononcer l'ordonnance.

Par ces motifs, la requête est rejetée.

A-21-90

A-21-90

Iain Angus, the Corporation of the City of Thunder Bay and Greenpeace Canada (*Appellants*)

v.

Her Majesty the Queen and the Minister of Transport (*Respondents*)

INDEXED AS: ANGUS v. CANADA (C.A.)

Court of Appeal, Hugessen, MacGuigan and Décary JJ.A.—Ottawa, May 9 and July 4, 1990.

Environment — Order in Council requiring VIA Rail to reduce passenger-train services — Governor in Council acting under s. 64 National Transportation Act, 1987 and on recommendation of Minister of Transport — Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order not complied with — Appeal from Trial Division decision denying certiorari — Whether compliance with Guidelines Order condition precedent to exercise by Governor in Council of statutory power under s. 64 — Interpretation of “department, board or agency of Government of Canada” and “decision making authority” — Majority holding Governor in Council can ignore Guidelines Order — Absence of prima facie evidence of immediate and direct effect on environment.

Railways — Order in Council requiring VIA Rail to eliminate and reduce passenger-train services — Appeal from refusal to quash as neither Governor in Council nor Minister of Transport complying with Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order — Observation of Guidelines Order not condition precedent to exercise by Governor in Council of statutory power under s. 64 National Transportation Act, 1987.

Judicial review — Prerogative writs — Certiorari — Order in Council reducing VIA Rail passenger-train services — Governor in Council, Minister not observing Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order — Majority holding respondents not bound — Failure to explain delay in filing application, absence of prima facie evidence of adverse environmental impact relevant factors in denying relief.

Due to a decision to decrease the subsidy paid to VIA Rail (“VIA”) for passenger-train services, the Governor in Council, on the recommendation of the Minister of Transport and pursuant to section 64 of the *National Transportation Act, 1987*, enacted Order in Council P.C. 1989-1974 (SOR/89-488) which required VIA to eliminate specified passenger-train services and significantly reduce others.

On the day of the enactment of the Order in Council, an information package was released which stated that the Minister of Transport had directed that the environmental impact of VIA’s network reorganization be examined. Subsequently, a

Iain Angus, le Conseil municipal de la Ville de Thunder Bay et Greenpeace Canada (*appelants*)

a. c.

Sa Majesté la Reine et le ministre des Transports (*intimés*)

RÉPERTORIÉ: ANGUS c. CANADA (C.A.)

b

Cour d’appel, juges Hugessen, MacGuigan et Décary, J.C.A.—Ottawa, 9 mai et 4 juillet 1990.

Environnement — Décret enjoignant à VIA Rail de réduire ses services voyageurs — Pris par le gouverneur en conseil en vertu de l’art. 64 de la Loi de 1987 sur les transports nationaux et sur avis conforme du ministre des Transports — Le Décret sur les lignes directrices visant le processus d’évaluation et d’examen en matière d’environnement n’a pas été respecté — Appel contre la décision par laquelle la Section de première instance refusait de décerner un bref de certiorari — Le respect du Décret est-il une condition préalable à l’exercice par le gouverneur en conseil du pouvoir accordé par la loi à l’art. 64? — Interprétation des expressions «ministère, commission ou organisme fédéraux» et «pouvoir de décision» — La majorité statue que le gouverneur en conseil n’a pas à tenir compte du Décret sur les lignes directrices — Absence de preuve prima facie de conséquences directes et immédiates sur l’environnement.

Chemins de fer — Décret enjoignant à VIA Rail d’éliminer et de réduire certains services voyageurs — Appel contre le refus d’annuler le Décret au motif que ni le gouverneur en conseil ni le ministre des Transports ne se sont conformés au Décret sur les lignes directrices visant le processus d’évaluation et d’examen en matière d’environnement — Le respect du Décret sur les lignes directrices n’est pas une condition préalable à l’exercice par le gouverneur en conseil du pouvoir conféré par l’art. 64 de la Loi de 1987 sur les transports nationaux.

Contrôle judiciaire — Brefs de prérogative — Certiorari — Décret réduisant les services passagers de VIA Rail — Le gouverneur en conseil et le ministre n’ont pas observé le Décret sur les lignes directrices visant le processus d’évaluation et d’examen en matière d’environnement — La majorité statue que les intimés ne sont pas visés par le Décret — Le défaut d’expliquer le retard à déposer la demande et l’absence de preuve prima facie de l’existence d’effets défavorables sur l’environnement sont des facteurs pertinents au refus d’accorder la réparation demandée.

À la suite de la décision de réduire les subsides versés à VIA Rail («VIA») à l’égard des services ferroviaires passagers, le gouverneur en conseil, sur avis conforme du ministre des Transports et conformément à l’article 64 de la *Loi de 1987 sur les transports nationaux*, a pris le décret C.P. 1989-1974 (DORS/89-488) qui ordonnait à VIA d’éliminer certains services voyageurs et d’en réduire d’autres considérablement.

Le jour où a été pris le décret, une fiche d’information rendue publique disait que le ministre des Transports avait ordonné l’examen des répercussions de la réorganisation du réseau de VIA sur l’environnement. Plus tard, un document

document entitled "Changes to the VIA Network: Potential Environmental Impact" was tabled in the House of Commons. That document did not refer to the *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order* (the "EARP Guidelines Order") nor was it made available to the public prior to enactment of the Order in Council. Both the Ministers of Transport and of the Environment took the position that the EARP Guidelines Order applied to VIA's reorganization and that the Department of Transport was the "initiating department".

This is an appeal from the dismissal of a motion to quash the Order in Council on the ground that it had been implemented without regard to the EARP Guidelines Order. The issue is whether the Governor in Council and the Minister of Transport were legally obliged to comply with the EARP Guidelines Order.

Held, the appeal should be dismissed.

Per MacGuigan J.A. (Hugessen J.A. concurring): Although the Governor in Council could be thought of as the first emanation of the executive power and therefore considered a "board or agency of the Government of Canada", that is not the sense which should attach to the Governor in Council under the EARP Guidelines Order. The issue in this appeal comes close to the heart of Cabinet government, and it would require clear language for the Governor in Council to be included in the phrase "department, board or agency of the Government of Canada". The question of the desirability of submitting all Orders in Council to environmental assessment was one of policy and accordingly beyond the purview of the courts. That the enactment did not reveal the legislative intention to submit every initiative of the Governor in Council to environmental assessment was supported by the *Department of the Environment Act*, more particularly by section 6 thereof, which appears to be stronger than sections 4 and 5 in distinguishing the Governor in Council from departments, boards and agencies: "the Minister may, by order, with the approval of the Governor in Council, establish guidelines for use by departments, boards and agencies of the Government of Canada". The conclusion is compelling that, on the language used, the Guidelines Order does not require compliance by the Governor in Council.

Nor did the Guidelines Order require compliance by the Minister of Transport. Where an action is taken under section 64 of the *National Transportation Act, 1987*, the decision-maker is the Governor in Council only. The Trial Judge was correct when he found that "Even if the Ministry of Transport is considered to be the initiating department, it is clearly not the decision-making body in so far as this Order in Council is concerned". The requirement that an advisory person or board act fairly does not determine the status of that adviser as a decision-maker for the purposes of the Guidelines Order.

Per Décaré J.A. (concurring in the result): The purpose of the *Department of the Environment Act* (the "Act") was to submit all new federal projects to early environmental assessment, and the Guidelines the means to achieve this purpose. The Act is binding on the Government of Canada, whether it acts through the Governor in Council or through a specific Minister. Should there be any doubt as to whether the Act is

intitulé «Modifications au réseau de VIA: Impact possible sur l'environnement» était déposé à la Chambre des communes. Ce document ne faisait pas mention du *Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement* («le Décret sur les lignes directrices a PÉEE»), et il n'a pas été rendu public avant la publication du décret. Le ministre des Transports et celui de l'Environnement ont estimé que le Décret sur les lignes directrices PÉEE s'appliquait à la réorganisation de VIA et que le ministère des Transports était le «ministère responsable».

Il s'agit en l'espèce d'un appel contre le rejet d'une requête tendant à l'annulation du décret au motif qu'il avait été appliqué sans égard au Décret sur les lignes directrices PÉEE. La question est de savoir si le gouverneur en conseil et le ministre des Transports étaient légalement tenus de se conformer au Décret sur les lignes directrices PÉEE.

Arrêt: l'appel devrait être rejeté.

Le juge MacGuigan, J.C.A. (avec l'appui du juge Hugessen, J.C.A.): Bien que l'on puisse considérer le gouverneur en conseil comme étant la principale émanation du pouvoir exécutif et donc une «commission ou organisme fédér[ai]», ce n'est pas là le sens qu'il faut lui donner dans le Décret sur les lignes directrices PÉEE. Nous sommes ici près du cœur du gouvernement par l'exécutif, et il faudrait un libellé très clair pour établir que le gouverneur en conseil est visé par l'expression «tout ministère, commission ou organisme fédéraux». L'opportunité qu'il y a de soumettre tous les décrets à une évaluation en matière d'environnement est une question de politique qui échappe à la compétence des tribunaux. Le fait que le texte législatif concerné ne révèle aucune intention de la part du législateur de soumettre toutes les entreprises du gouverneur en conseil à une évaluation environnementale est étayé par la *Loi sur le ministère de l'Environnement*, et plus particulièrement par l'article 6, qui semble encore plus explicite que les articles 4 et 5 dans la distinction qu'il établit entre le gouverneur en conseil et les ministères et organismes fédéraux: «le ministre peut par arrêté, avec l'approbation du gouverneur en conseil, établir des directives à l'usage des ministères et organismes fédéraux». La conclusion s'impose que selon son libellé, le Décret sur les lignes directrices n'exige pas que le gouverneur en conseil s'y conforme.

Le Décret sur les lignes directrices n'exige pas non plus que le ministre des Transports s'y conforme. Lorsqu'une mesure est prise en vertu de l'article 64 de la *Loi de 1987 sur les transports nationaux*, le preneur de décision ne peut être que le gouverneur en conseil. C'est à bon droit que le juge de première instance a statué que «Même si le ministère des Transports est considéré comme le ministère responsable, il est évident qu'il n'est pas l'organisme qui prend les décisions, dans la mesure où ce décret est concerné». L'obligation faite à un conseiller, qu'il soit un particulier ou un conseil, d'agir avec équité ne saurait déterminer son statut en qualité de preneur de décisions aux fins du Décret sur les lignes directrices.

Le juge Décaré, J.C.A. (motifs concourants quant au résultat): L'objet de la *Loi sur le ministère de l'Environnement* (la «Loi») était de faire en sorte que tous les nouveaux projets fédéraux soient évalués dès les premières étapes de planification, et que les Lignes directrices constituent le moyen d'y arriver. La Loi lie le gouvernement du Canada, qu'il agisse par l'intermédiaire du gouverneur en conseil ou d'un ministre parti-

expressly binding on the Government of Canada, its intent and context point, at least, to a necessary implication that it is. The beneficent purpose of the Act would be frustrated should a distinction be made between a Minister's federal projects and those of the Cabinet for in modern administration, decisions are planned, made and acted upon by the Governor in Council with the assistance of specific ministers and departments.

The EARP Guidelines Order, enacted pursuant to section 6 of the Act, applies to any activity for which the Government of Canada has a decision-making responsibility, notwithstanding who the decision-maker is on behalf of the Government, be it a department, a Minister or the Governor in Council. The Guidelines do not require that a proposal be made by an initiating department. When the Governor in Council makes a decision "on the recommendation" of a Minister there is a "proposal" for the purposes of the application of the Guidelines and the "initiating department", for the purposes of the administration of the Guidelines, is the department responsible for the planning and undertaking of the proposal.

In the case at bar, there was only one "initiating department": the Department of Transport, and but one "decision making authority": the Minister of Transport. The appellants' contention, that "when the Governor in Council deals with a proposal on the basis of a recommendation of a Minister, that Minister has exercised a power of decision in respect of that proposal", was valid. There is nothing in the Guidelines, read in conjunction with the Act, that imports a notion of "finality", not even of "legality", in the expression "decision making authority". One must look at the actual decisions and actions which have taken place and which have to be taken by the relevant government departments to decide which department is the *de facto* deciding authority. It followed that in exercising a decision making authority on behalf of the Government of Canada, the Minister was bound to apply the EARP Guidelines Order. Furthermore, the *Department of the Environment Act* and the Guidelines make it a condition precedent to the exercise of its statutory power under section 64 that the Governor in Council, although not an "initiating department", ascertain that the Department of Transport complied with the Guidelines.

The appellants should, however, be denied *certiorari*. The grounds upon which a court may refuse to exercise its discretion to issue *certiorari* are well established: unreasonable delay on the part of the applicant; the fact that the delay leaves nothing for the court to prohibit; the fact that no useful purpose would be served by granting the remedy and the fact that the granting of the order would be detrimental to good administration. Appellants explained neither the delay in filing the application attacking the Order in Council nor the nature of their concerns. The absence of even *prima facie* evidence that the proposal might have an immediate and direct effect on the quality of the environment also justified the refusal.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Environmental Protection Act, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 16, ss. 53, 146 (not yet in force).
Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as

culier. S'il n'était pas certain que la Loi lie expressément le gouvernement du Canada, son intention et son contexte laissent tout au moins supposer, par déduction nécessaire, qu'elle lie effectivement le gouvernement. L'effet salutaire de la Loi serait écarté si l'on devait établir une distinction entre les projets fédéraux qui sont ceux d'un ministre particulier et ceux du Cabinet car en matière d'administration contemporaine, le gouverneur en conseil prépare, prend et met à exécution des décisions avec l'aide de ministres et de ministères particuliers.

Le Décret sur les lignes directrices PÉEE, pris en vertu de l'article 6 de la Loi, s'applique à toute activité à l'égard de laquelle le gouvernement du Canada participe à la prise de décisions, peu importe qui prend la décision au nom du gouvernement, que ce soit un ministre, un ministre ou le gouverneur en conseil. Les Lignes directrices n'exigent pas que la proposition soit faite par le ministre responsable. Lorsque le gouverneur en conseil prend une décision «sur avis conforme» d'un ministre, il y a «proposition» aux fins de l'application des Lignes directrices et le «ministère responsable», aux fins de l'administration des Lignes directrices, est le ministre chargé de la planification et de la mise en œuvre de la proposition.

En l'espèce, il n'existait qu'un seul «ministère responsable»: le ministère des Transports, et un seul «pouvoir de décision», le ministre des Transports. La proposition des appelants selon laquelle «lorsque le gouverneur en conseil est saisi d'une proposition sur avis conforme d'un ministre, ce dernier a exercé un pouvoir de décision à l'égard de la proposition» est bien fondée. Rien dans les Lignes directrices, interprétées en corrélation avec la Loi, n'indique une idée de «finalité» ou même de «légalité» dans l'expression «pouvoir de décision». Il faut considérer les décisions et les mesures réelles qui ont été prises et qui doivent l'être par les ministères gouvernementaux compétents pour décider quel ministre est le pouvoir de décision réel. Il s'ensuit que lorsqu'il a exercé son pouvoir de décision pour le compte du gouvernement du Canada, le ministre était tenu d'appliquer le Décret sur les lignes directrices PÉEE. En outre, en vertu de la *Loi sur le ministère de l'Environnement* et des Lignes directrices, le gouverneur en conseil est tenu, comme condition préalable à l'exercice du pouvoir que lui confère l'article 64, bien qu'il ne soit pas un «ministère responsable», de s'assurer que le ministère des Transports a respecté les Lignes directrices.

Il n'y a pas toutefois lieu de décerner un bref de *certiorari* en faveur des appelants. Les motifs pour lesquels un tribunal peut refuser d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour décerner un bref de *certiorari* sont bien établis: le retard excessif de la part du requérant; le fait qu'en raison de ce retard, le tribunal n'a plus rien à interdire; le fait qu'accorder ce recours ne servirait aucune fin utile; et le fait qu'accorder le bref serait préjudiciable à la bonne administration. Les appelants n'ont expliqué ni leur retard à déposer la demande qui attaquait le décret ni la nature de leurs préoccupations. L'absence de preuve *prima facie* d'effets directs et immédiats de la proposition sur la qualité de l'environnement justifiait aussi le refus.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Décret modifiant certaines ordonnances de l'Office national des Transports concernant des compagnies de chemins de fer, DORS/89-488.

am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], ss. 9, 10, 11, 13.

Department of the Environment Act, R.S.C., 1985, c. E-10, ss. 4(1),(2), 5, 6, 7.

Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order, SOR/84-467, ss. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 15.

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.

Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, ss. 2, 12.

National Transportation Act, 1987, R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 28, s. 64.

Order Varying Certain National Transportation Agency Orders Respecting Railway Companies, SOR/89-488.

Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement, DORS/84-467, art. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 15.

Loi canadienne sur la protection de l'environnement, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), chap. 16, art. 53, 146 (non encore en vigueur).

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^o 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n^o 5], art. 9, 10, 11, 13.

Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), chap. 1-21, art. 2, 12. *Loi de 1987 sur les transports nationaux*, L.R.C. (1985), (3^e suppl.), chap. 28, art. 64.

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 18.

Loi sur le ministère de l'Environnement, L.R.C. (1985), chap. E-10, art. 4(1),(2), 5, 6, 7.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

NOT FOLLOWED:

Re Abel et al. and Advisory Review Board (1980), 31 O.R. (2d) 520; 119 D.L.R. (3d) 101; 56 C.C.C. (2d) 153 (C.A.).

CONSIDERED:

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; *Canadian Wildlife Federation Inc. v. Canada (Minister of the Environment)*, [1989] 3 F.C. 309; [1989] 4 W.W.R. 526; (1989), 37 Admin. L.R. 39; 3 C.E.L.R. (N.S.) 287; 26 F.T.R. 245 (T.D.); aff'd [1990] 2 W.W.R. 69; (1989), 38 Admin. L.R. 138; 4 C.E.L.R. (N.S.) 1; 27 F.T.R. 159; 99 N.R. 72 (F.C.A.); *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1990] 2 F.C. 18 (C.A.); *Naskapi-Montagnais Innu Assn. v. Canada (Minister of National Defence)*, [1990] 3 F.C. 381 (T.D.); *Province of Bombay v. Municipal Corporation of the City of Bombay and Another*, [1947] A.C. 58; *R. v. Ouellette*, [1980] 1 S.C.R. 568; (1980), 111 D.L.R. (3d) 216; 52 C.C.C. (2d) 536; 15 C.R. (3d) 373; 32 N.R. 361.

REFERRED TO:

Canadian Wildlife Federation Inc. et al. v. Canada (Minister of the Environment) and Saskatchewan Water Corp. (1989), 31 F.T.R. 1 (F.C.T.D.); *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561; [1979] 3 W.W.R. 676; (1979), 26 N.R. 364.

AUTHORS CITED

Canada. *House of Commons Debates*, Vol. 131, no. 68, 2nd Sess., 34th Parl., October 3, 1989, at page 4252.
Canada. House of Commons Standing Committee on Transport. *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 18 (October 16, 1989), at page 18:36.
Dawson, R. MacGregor. *The Government of Canada*, 5th

JURISPRUDENCE

DÉCISION NON SUIVIE:

Re Abel et al. and Advisory Review Board (1980), 31 O.R. (2d) 520; 119 D.L.R. (3d) 101; 56 C.C.C. (2d) 153 (C.A.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre, [1980] 2 R.C.S. 735; (1980), 115 D.L.R. (3d) 1; 33 N.R. 304; *Fédération canadienne de la faune Inc. c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, [1989] 3 C.F. 309; [1989] 4 W.W.R. 526; (1989), 37 Admin. L.R. 39; 3 C.E.L.R. (N.S.) 287; 26 F.T.R. 245 (1^{re} inst.); conf. par [1990] 2 W.W.R. 69; (1989), 38 Admin. L.R. 138; 4 C.E.L.R. (N.S.) 1; 27 F.T.R. 159; 99 N.R. 72 (C.A.F.); *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1990] 2 C.F. 18 (C.A.); *Naskapi-Montagnais Innu Assn. c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, [1990] 3 C.F. 381 (1^{re} inst.); *Province of Bombay v. Municipal Corporation of the City of Bombay and Another*, [1947] A.C. 58; *R. c. Ouellette*, [1980] 1 R.C.S. 568; (1980), 111 D.L.R. (3d) 216; 52 C.C.C. (2d) 536; 15 C.R. (3d) 373; 32 N.R. 361.

DÉCISIONS CITÉES:

Fédération canadienne de la faune Inc. et autres c. Canada (Ministre de l'Environnement) et Saskatchewan Water Corp. (1989), 31 F.T.R. 1 (C.F. 1^{re} inst.); *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561; [1979] 3 W.W.R. 676; (1979), 26 N.R. 364.

DOCTRINE

Canada. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 131, n^o 68, 2^e sess., 34^e lég., 3 octobre 1989, à la page 4252.
Canada. Chambre des communes. Comité permanent des transports. *Procès verbaux et témoignages*, fascicule n^o 18 (16 octobre 1989), à la page 18:36.
Dawson, R. MacGregor. *The Government of Canada*, 5th

- ed. by Norman Ward. Toronto: University of Toronto Press, 1970.
- de Smith, S. A. *Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed. by J. M. Evans. London: Stevens & Sons Ltd., 1980.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. a Toronto: Butterworths, 1983.
- Dussault, René and Borgeat, Louis. *Administrative Law—A Treatise*, 2nd ed., translated by M. Rankin. Toronto: Carswell, 1985.
- Fajgenbaum and Hanks' *Australian Constitutional Law*, 2nd ed. by Peter Hanks. Sydney: Butterworths, 1980. b
- Halliday, W. E. D. "The Executive of the Government of Canada" (1959), 2 *Can. Pub. Admin.* 229.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell Co. Ltd., 1985.
- Jones, David P. and de Villars, Anne S. *Principles of Administrative Law*. Toronto: Carswell Co. Ltd., 1985. c
- Mallory, James Russell. *The Structure of Canadian Government*. Toronto: Macmillan Co. of Canada Ltd., 1971.

COUNSEL:

Brian A. Crane, Q.C. and *Martin W. Mason* d
for appellants.

Brian J. Saunders and *Joseph C. de Pencier*
for respondents.

SOLICITORS:

Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, for
appellants.

Deputy Attorney General of Canada for f
respondents.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MACGUIGAN J.A.: The question for decision in this case is whether the Governor in Council or the Minister of Transport is legally obliged to comply with an environmental guidelines order. The order in question is the *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order*, SOR/84-467, of June 22, 1984 ("the EARP Guidelines Order").

This is an expedited appeal from an order of Rouleau J., rendered orally on January 12, 1990 [T-47-90, not yet reported], which dismissed the appellants' motion for *certiorari* seeking to quash Order in Council P.C. 1989-1974 [SOR/89-488], which amended orders of the National Transporta-

- ed. by Norman Ward. Toronto: University of Toronto Press, 1970.
- de Smith, S. A. *Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed. by J. M. Evans. London: Stevens & Sons Ltd., 1980.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
- Dussault, René et Borgeat, Louis. *Traité de droit administratif*, 2^e éd. Québec: Les Presses de l'Université Laval, 1984.
- Fajgenbaum and Hanks' *Australian Constitutional Law*, 2nd ed. by Peter Hanks. Sydney: Butterworths, 1980.
- Halliday, W. E. D. «The Executive of the Government of Canada» (1959), 2 *Can. Pub. Admin.* 229.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell Co. Ltd., 1985.
- Jones, David P. et de Villars, Anne S. *Principles of Administrative Law*. Toronto: Carswell Co. Ltd., 1985.
- Mallory, James Russell. *The Structure of Canadian Government*. Toronto: Macmillan Co. of Canada Ltd., 1971.

AVOCATS:

Brian A. Crane, c.r. et *Martin W. Mason* pour
les appelants.

Brian J. Saunders et *Joseph C. de Pencier*
pour les intimés.

PROCUREURS:

Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, pour
les appelants.

Le sous-procureur général du Canada pour
les intimés.

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

LE JUGE MACGUIGAN, J.C.A.: La question soumise à l'appréciation de la Cour consiste à savoir si le gouverneur en conseil ou le ministre des Transports sont légalement tenus de se conformer à un décret sur les lignes directrices relatives à l'environnement. Le décret visé s'intitule le *Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement*, DORS/84-467, en date du 22 juin 1984 («le Décret sur les lignes directrices PÉEE»).

Il s'agit en l'espèce d'un appel accéléré, interjeté contre une ordonnance orale du juge Rouleau, en date du 12 janvier 1990 [T-47-90, encore inédite], par laquelle il rejetait la requête des appelants visant la délivrance d'un bref de *certiorari* dans le but d'annuler le décret C.P. 1989-1974

tion Agency in respect of the passenger-train services of VIA Rail ("VIA"). The impugned Order in Council was made on the recommendation of the Minister of Transport ("the Minister") and required VIA to eliminate specified passenger services and significantly reduce others.

In its budget of April 1989, the Government of Canada announced its intention to decrease the subsidy paid to VIA for passenger-train service by one billion dollars over the following five years. The following month the Minister informed VIA's Board of Directors of the Government's intention to downsize VIA's services. As a result, VIA's Board proposed a five-year corporate plan to the Minister based on the reduced funding levels suggested by the Government. After considering the corporate plan, the Minister decided to recommend major passenger rail cuts to the federal Cabinet.

On October 3, 1989, the Minister advised the House of Commons that the Government had respected the environmental review process in relation to the VIA reorganization. On October 4, the Governor in Council, acting pursuant to section 64 of the *National Transportation Act, 1987*, R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 28, passed Order in Council P.C. 1989-1974, which required VIA to eliminate certain passenger services and significantly reduce others. The Order in Council required VIA to begin the implementation of the reductions on January 15, 1990. The final effects of the implementation include the elimination of 51% of the VIA passenger network and the termination of 38% of the VIA workforce. On the same day that the Order in Council was passed, the Minister held a news conference to announce the VIA cuts and released an information package in which it was stated that the Minister had directed that the environmental impact of the reorganization be carefully examined.

On October 11, 1989 an undated, four-page document titled "Changes to the VIA Network:

[DORS/89-488], qui modifiait les ordonnances de l'Office national des transports ayant trait aux services ferroviaires voyageurs de VIA Rail («VIA»). Le Décret contesté avait été pris sur avis conforme du ministre des Transports («le ministre») et il exigeait que VIA élimine certains services ferroviaires voyageurs précisés dans le Décret et qu'elle en réduise d'autres de façon considérable.

^b Dans son budget d'avril 1989, le gouvernement du Canada annonçait son intention de réduire d'un milliard de dollars au cours des cinq prochaines années les subsides versés à VIA à l'égard des services ferroviaires voyageurs. Le mois suivant, le ministre informait le conseil d'administration de VIA de l'intention du gouvernement de réduire les services offerts par VIA. En conséquence de cette intention, le conseil d'administration de VIA proposait au ministre un plan d'entreprise quinquennal fondé sur les niveaux réduits de financement envisagés par le gouvernement. Après avoir étudié le plan de VIA, le ministre a décidé de recommander au Cabinet fédéral des coupures considérables dans les services ferroviaires voyageurs.

Le 3 octobre 1989, le ministre avisait la Chambre des communes que le gouvernement avait respecté le processus d'examen en matière d'environnement relativement à la réorganisation de VIA. Le 4 octobre le gouverneur en conseil, agissant en application de l'article 64 de la *Loi de 1987 sur les transports nationaux*, L.R.C. (1985) (3^e suppl.), chap. 28, prenait le décret C.P. 1989-1974, qui ordonnait à VIA d'éliminer certains services voyageurs et d'en réduire d'autres considérablement. Selon le décret, VIA devait commencer à appliquer les réductions visées à compter du 15 janvier 1990. Les conséquences ultimes de cette application comprennent notamment l'élimination de 51 % du réseau des services ferroviaires voyageurs de VIA et le licenciement de 38 % de la main-d'œuvre de VIA. Le jour même où le Décret contesté a été pris, le ministre tenait une conférence de presse pour annoncer les coupures dans les services de VIA et il rendait publique une fiche d'information dans laquelle il était dit que le ministre avait ordonné l'examen attentif des répercussions de la réorganisation sur l'environnement.

^j Le 11 octobre 1989 un document non daté de quatre pages intitulé «Modifications au réseau de

Potential Environmental Impact” was tabled in the House of Commons. This document did not refer to the EARP Guidelines Order. The document was not made available to the public prior to the issuance of the challenged Order in Council, and the public was not invited to formally respond to the environmental impact of the VIA decision prior to the Cabinet’s decision.

In the House and before the Standing Committee on Transport, both the Ministers of Transport and the Environment took the position that the EARP Guidelines Order applied to the reorganization, and that, for the purposes of the Guidelines Order, the Department of Transport was the “initiating department”. However, there is no record of any decision taken by either the Minister of Transport or of the Minister of Environment pursuant to section 12 or 13 of the EARP Guidelines Order.

On January 9, 1990, the appellants, namely, the Member of Parliament for Thunder Bay-Atikokan, the City of Thunder Bay and Greenpeace Canada, filed an application under section 18 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, seeking to quash the Order in Council in question. The application was heard together with another seeking an injunction in respect of the same Order in Council. The Motions Judge delivered reasons from the bench dismissing both applications. The appeal at bar relates only to the application for *certiorari*.

Before the Motions Judge, the appellants unsuccessfully challenged the validity of the Order in Council on the basis that it had been implemented without regard for the mandatory terms of the EARP Guidelines Order. The principal provisions of this Order are as follows:

GUIDELINES RESPECTING THE IMPLEMENTATION
OF THE FEDERAL POLICY ON ENVIRONMENTAL
ASSESSMENT AND REVIEW

Short Title

1. These Guidelines may be cited as the *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order*.

Interpretation

2. In these Guidelines,

VIA: Impact possible sur l’environnement» était déposé à la Chambre des communes. Ce document ne faisait pas mention du Décret sur les lignes directrices PÉEE. Il n’a pas été rendu public avant la publication du décret contesté, et le public n’a pas été invité à réagir formellement à l’impact de la décision de VIA sur l’environnement avant que le Cabinet prenne sa décision.

Devant la Chambre des communes et devant le Comité permanent des transports, le ministre des Transports et celui de l’Environnement ont adopté la position que le Décret sur les lignes directrices PÉEE s’appliquait à la réorganisation et que, pour les fins du décret en cause, le ministère des Transports était le «ministère responsable». Cependant, il n’existe aucune trace d’une quelconque décision prise soit par le ministre des Transports, soit par celui de l’Environnement en application des articles 12 ou 13 du Décret sur les lignes directrices PÉEE.

Le 9 janvier 1990 les appelants, savoir le député de Thunder Bay-Atikokan, la ville de Thunder Bay et Greenpeace Canada déposaient une demande en vertu de l’article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7, en vue d’annuler le Décret en question. La demande a été entendue en même temps qu’une autre qui recherchait une injonction relativement au même Décret. Le juge des requêtes a rendu des motifs à l’audience par lesquels il rejetait les deux demandes. L’appel en l’espèce n’a trait qu’à la demande d’un bref de *certiorari*.

Devant le juge des requêtes, les appelants ont vainement contesté la validité du Décret en cause au motif qu’il aurait été appliqué sans égard aux termes impératifs du Décret sur les lignes directrices PÉEE. Voici le libellé des principales dispositions de ce Décret:

DÉCRET SUR LES LIGNES DIRECTRICES
VISANT LA MISE EN ŒUVRE
DU PROCESSUS FÉDÉRAL D’ÉVALUATION ET
D’EXAMEN EN MATIÈRE D’ENVIRONNEMENT

Titre abrégé

1. *Décret sur les lignes directrices visant le processus d’évaluation et d’examen en matière d’environnement.*

Définitions

2. Les définitions qui suivent s’appliquent aux présentes lignes directrices.

“Environmental Impact Statement” means a documented assessment of the environmental consequences of any proposal expected to have significant environmental consequences that is prepared or procured by the proponent in accordance with guidelines established by a Panel; (*énoncé des incidences environnementales*)

“department” means, subject to sections 7 and 8,
(a) any department, board or agency of the Government of Canada, and

(b) any corporation listed in Schedule D to the *Financial Administration Act* and any regulatory body;
(*ministère*)

“initiating department” means any department that is, on behalf of the Government of Canada, the decision making authority for a proposal; (*ministère responsable*)

“Minister” means the Minister of the Environment; (*Ministre*)

“Office” means the Federal Environmental Assessment Review Office that is responsible directly to the Minister for the administration of the Process; (*Bureau*)

“Panel” means an Environmental Assessment Panel that conducts the public review of a proposal pursuant to section 21; (*commission*)

“Process” means the Environmental Assessment and Review Process administered by the Office; (*processus*)

“proponent” means the organization or the initiating department intending to undertake a proposal; (*promoteur*)

“proposal” includes any initiative, undertaking or activity for which the Government of Canada has a decision making responsibility. (*proposition*)

Scope

3. The Process shall be a self assessment process under which the initiating department shall, as early in the planning process as possible and before irrevocable decisions are taken, ensure that the environmental implications of all proposals for which it is the decision making authority are fully considered and where the implications are significant, refer the proposal to the Minister for public review by a Panel.

4. (1) An initiating department shall include in its consideration of a proposal pursuant to section 3

(a) the potential environmental effects of the proposal and the social effects directly related to those environmental effects, including any effects that are external to Canadian territory; and

(b) the concerns of the public regarding the proposal and its potential environmental effects.

(2) Subject to the approval of the Minister and the Minister of the initiating department, consideration of a proposal may include such matters as the general socio-economic effects of the proposal and the technology assessment of and need for the proposal.

5. (1) Where a proposal is subject to environmental regulation, independently of the Process, duplication in terms of public reviews is to be avoided.

(2) For the purpose of avoiding the duplication referred to in subsection (1), the initiating department shall use a public review under the Process as a planning tool at the earliest

«Bureau» Le Bureau fédéral d'examen des évaluations environnementales chargé d'administrer le processus et relevant directement du Ministre. (*Office*)

«commission» Commission d'évaluation environnementale chargée, en vertu de l'article 21, de réaliser l'examen public d'une proposition. (*Panel*)

a «énoncé des incidences environnementales» Évaluation détaillée des répercussions environnementales de toute proposition dont les effets prévus sur l'environnement sont importants, qui est effectuée ou fournie par le promoteur en conformité avec les directives établies par une commission. (*Environmental Impact Statement*)

b «ministère» S'entend:

a) de tout ministère, commission ou organisme fédéraux, ou

b) dans les cas indiqués, l'une des corporations de la Couronne nommées à l'annexe D de la *Loi sur l'administration financière* ou tout organisme de réglementation. (*department*)

c «ministère responsable» Ministère qui, au nom du gouvernement du Canada, exerce le pouvoir de décision à l'égard d'une proposition. (*initiating department*)

«Ministre» Le ministre de l'Environnement. (*Minister*)

d «processus» Le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement, administré par le Bureau. (*Process*)

«promoteur» L'organisme ou le ministère responsable qui se propose de réaliser une proposition. (*proponent*)

«proposition» S'entend en outre de toute entreprise ou activité à l'égard de laquelle le gouvernement du Canada participe à la prise de décisions. (*proposal*)

e

Portée

3. Le processus est une méthode d'auto-évaluation selon laquelle le ministère responsable examine, le plus tôt possible au cours de l'étape de planification et avant de prendre des décisions irrévocables, les répercussions environnementales de toutes les propositions à l'égard desquelles il exerce le pouvoir de décision.

4. (1) Lors de l'examen d'une proposition selon l'article 3, le ministère responsable étudie:

a) les effets possibles de la proposition sur l'environnement ainsi que les répercussions sociales directement liées à ces effets, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du territoire canadien; et

b) les préoccupations du public qui concernent la proposition et ses effets possibles sur l'environnement.

(2) Sous réserve de l'approbation du Ministre et du ministre chargé du ministère responsable, il doit être tenu compte lors de l'étude d'une proposition de questions telles que les effets socio-économiques de la proposition, l'évaluation de la technologie relative à la proposition et le caractère nécessaire de la proposition.

5. (1) Si, indépendamment du processus, le ministère responsable soumet une proposition à un règlement sur l'environnement, il doit veiller à ce que les examens publics ne fassent pas double emploi.

(2) Pour éviter la situation de double emploi visée au paragraphe (1), le ministère responsable doit se servir du processus d'examen public comme instrument de travail au cours des

stages of development of the proposal rather than as a regulatory mechanism and make the results of the public review available for use in any regulatory deliberations respecting the proposal.

Application

6. These Guidelines shall apply to any proposal

- (a) that is to be undertaken directly by an initiating department;
- (b) that may have an environmental effect on an area of federal responsibility;
- (c) for which the Government of Canada makes a financial commitment; or
- (d) that is located on lands, including the offshore, that are administered by the Government of Canada.

7. Where the decision making authority for a proposal is a corporation listed in Schedule D to the *Financial Administration Act*, the Process shall apply to that proposal only if

- (a) it is the corporate policy of that corporation to apply the Process; and
- (b) the application of the Process to that proposal is within the legislative authority of that corporation.

8. Where a board or an agency of the Government of Canada or a regulatory body has a regulatory function in respect of a proposal, these Guidelines shall apply to that board, agency or body only if there is no legal impediment to or duplication resulting from the application of these Guidelines.

9. (1) Where, in respect of a proposal, there are two or more initiating departments, the initiating departments shall determine which of the responsibilities, duties and functions of an initiating department under these Guidelines shall apply to each of them.

(2) Where the initiating departments cannot under subsection (1) agree to a determination, the Office shall act as an arbitrator in the making of the determination.

INITIAL ASSESSMENT

Initiating Department

10. (1) Every initiating department shall ensure that each proposal for which it is the decision making authority shall be subject to an environmental screening or initial assessment to determine whether, and the extent to which, there may be any potentially adverse environmental effects from the proposal.

(2) Any decision to be made as a result of the environmental screening or initial assessment referred to in subsection (1) shall be made by the initiating department and not delegated to any other body.

11. For the purposes of the environmental screening and initial assessment referred to in subsection 10(1), the initiating department shall develop, in cooperation with the Office,

- (a) a list identifying the types of proposals that would not produce any adverse environmental effects and that would, as a result, be automatically excluded from the Process; and

premières étapes du développement d'une proposition plutôt que comme mécanisme réglementaire, et rendre les résultats de l'examen public disponibles aux fins des délibérations de nature réglementaire portant sur la proposition.

Champ d'application

6. Les présentes lignes directrices s'appliquent aux propositions

- a) devant être réalisées directement par un ministère responsable;
- b) pouvant avoir des répercussions environnementales sur une question de compétence fédérale;
- c) pour lesquelles le gouvernement du Canada s'engage financièrement; ou
- d) devant être réalisées sur des terres administrées par le gouvernement du Canada, y compris la haute mer.

7. Lorsqu'une corporation nommée à l'annexe D de la *Loi sur l'administration financière* exerce le pouvoir de décision relativement à une proposition, le processus ne s'applique à la proposition que si la corporation:

- a) a comme politique générale d'appliquer le processus; et
- b) est habilitée à appliquer le processus à cette proposition.

8. Lorsqu'une commission ou un organisme fédéral ou un organisme de réglementation exerce un pouvoir de réglementation à l'égard d'une proposition, les présentes lignes directrices ne s'appliquent à la commission ou à l'organisme que si aucun obstacle juridique ne l'empêche ou s'il n'en découle pas de chevauchement des responsabilités.

9. (1) Lorsqu'il y a plus d'un ministère responsable à l'égard d'une proposition, ceux-ci décident entre eux de la répartition des fonctions et des responsabilités que les présentes lignes directrices attribuent à un ministère responsable.

(2) Lorsque les ministères responsables visés au paragraphe (1) ne peuvent en arriver à une décision unanime, le Bureau agit à titre d'arbitre dans la prise de la décision.

ÉVALUATION INITIALE

Le ministère responsable

10. (1) Le ministère responsable s'assure que chaque proposition à l'égard de laquelle il exerce le pouvoir de décision est soumise à un examen préalable ou à une évaluation initiale, afin de déterminer la nature et l'étendue des effets néfastes qu'elle peut avoir sur l'environnement.

(2) Les décisions qui font suite à l'examen préalable ou à l'évaluation initiale visés au paragraphe (1) sont prises par le ministère responsable et ne peuvent être déléguées à nul autre organisme.

11. Aux fins de l'examen préalable et de l'évaluation initiale visés au paragraphe 10(1), le ministère responsable dresse, en collaboration avec le Bureau, les listes suivantes:

- a) une liste des divers types de propositions qui n'auraient aucun effet néfaste sur l'environnement et qui, par conséquent, seraient automatiquement exclus du processus; et

(b) a list identifying the types of proposals that would produce significant adverse environmental effects and that would be automatically referred to the Minister for public review by a Panel.

12. Every initiating department shall screen or assess each proposal for which it is the decision making authority. . . .

13. Notwithstanding the determination concerning a proposal made pursuant to section 12, if public concern about the proposal is such that a public review is desirable, the initiating department shall refer the proposal to the Minister for public review by a Panel.

15. The initiating department shall ensure

(a) after a determination concerning a proposal has been made pursuant to section 12 or a referral concerning the proposal has been made pursuant to section 13, and

(b) before any mitigation or compensation measures are implemented pursuant to section 13,

that the public have access to the information on and the opportunity to respond to the proposal in accordance with the spirit and principles of the *Access to Information Act*.

The reasons for decision of Rouleau J. on the matter herein appealed are as follows (Appeal Book at pages 155-156) [reasons for order at pages 4-5]:

Concerning the Environmental Assessment Review [Process] Guidelines, I am convinced here once again that the Governor General in Council is not bound.

It seems ludicrous that both the Minister of Transport and of the Environment, as well as the Standing Committee, felt an obligation to at least consider the environmental impact. As I see it, it is, nevertheless, not a binding obligation on the body that passed the impugned Order.

Under the Guidelines, the "initiating department" must not only be the proposer of the anticipated directive, but it must also be the decision-maker, ie. the enacting body. As you well know, it is not up to the Court to legislate, but Parliament. It is they who have chosen to exclude from their definition of "initiating department" this particular powerful executive arm of government. Though it has been suggested to me that courts may have, in certain circumstances, found that the Governor General in Council could be considered a "board" under the *Federal Court Act*, one cannot, by analogy, transpose the finding to give this Court the authority to make a determination that under the EARP Guidelines it was meant to include this body in its definition of "initiating departments".

Even if the Ministry of Transport is considered to be the initiating department, it is clearly not the decision-making body in so far as this Order in Council is concerned, which was passed pursuant to the extraordinary power granted under section 64 of the *National Transportation Act*.

(b) une liste des divers types de propositions qui auraient des effets néfastes importants sur l'environnement et qui seraient automatiquement soumises au Ministre pour qu'un examen public soit mené par une commission.

12. Le ministère responsable examine ou évalue chaque proposition à l'égard de laquelle il exerce le pouvoir de décision . . .

13. Nonobstant la détermination des effets d'une proposition, faite conformément à l'article 12, le ministère responsable soumet la proposition au Ministre en vue de la tenue d'un examen public par une commission, chaque fois que les préoccupations du public au sujet de la proposition rendent un tel examen souhaitable.

15. Le ministère responsable doit s'assurer

a) après qu'une détermination sur les effets d'une proposition a été faite conformément à l'article 12 ou après qu'une proposition a été soumise au Ministre conformément à l'article 13, et

b) avant la mise en application de mesures d'atténuation et d'indemnisation conformément à l'article 14,

que le public a accès à l'information concernant cette proposition conformément à la *Loi sur l'accès à l'information*.

Les motifs de la décision du juge Rouleau sur la question en appel sont rédigés comme suit (Dossier d'appel, aux pages 155 et 156) [motifs de l'ordonnance aux pages 4 et 5]:

En ce qui concerne les Lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement, je suis convaincu une fois de plus que le gouverneur général en conseil n'est pas tenu de s'y conformer.

Il semble ridicule que les ministres des Transports et de l'Environnement, de même que le comité permanent, se soient sentis obligés de considérer au moins les conséquences environnementales. D'après moi toutefois, cela ne représente pas une obligation liant l'organisme qui a rendu le décret contesté.

D'après les Lignes directrices, le «ministère responsable» ne doit pas seulement proposer la directive attendue mais également prendre les décisions qui s'imposent, c'est-à-dire «être l'organisme qui agit». Comme vous le savez bien, ce n'est pas à la Cour de légiférer, mais au Parlement. C'est ce dernier qui a choisi d'exclure de la définition de «ministère responsable» cette puissante et branche exécutive du gouvernement. Bien qu'on m'ait suggéré que les tribunaux aient pu, dans certains cas, conclure que le gouverneur général en conseil pouvait être considéré comme un «office» aux termes de la *Loi sur la Cour fédérale*, on ne peut, par analogie, transposer cette conclusion pour donner à la présente Cour le pouvoir de décider qu'en vertu des Lignes directrices du PÉEE cet organisme doit être considéré comme un «ministère responsable».

Même si le ministère des Transports est considéré comme le ministère responsable, il est évident qu'il n'est pas l'organisme qui prend les décisions, dans la mesure où ce décret est concerné, ce dernier ayant été pris conformément au pouvoir extraordinaire accordé aux termes de l'article 64 de la *Loi sur les transports nationaux*.

Since respondents did not contend that either the Governor in Council or the Minister did in fact comply with the Guidelines,¹ the principal question before this Court is whether the EARP Guidelines Order should be interpreted so as to require the compliance of the Governor in Council or the Minister in these circumstances.

Since the impugned Order in Council was made under section 64 of the *National Transportation Act, 1987*,² it is common ground that, as it was put by Estey J. for the Supreme Court of Canada in *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735 at pages 754, 756, the power of the Governor in Council by his own motion to vary or rescind any rule or order of the Canadian Transport Commission is “legislative action in its purest form” and that “the discretion of the Governor in Council is complete provided he observes the jurisdictional boundaries” of the provision. It is also common ground that this legislative power of the Governor in Council is subject to judicial review if he has failed to observe any condition precedent to the exercise of the power. Again in the words of Estey J. (at page 748):

Let it be said at the outset that the mere fact that a statutory power is vested in the Governor in Council does not mean that it is beyond review. If that body has failed to observe a condition precedent to the exercise of that power, the court can declare that such purported exercise is a nullity.

¹ The respondents did, however, contend that there was sufficient evidence of a lack of adverse effect on the environment to warrant this Court’s refusing to grant the discretionary remedy of *certiorari*, even if it were otherwise justified. In addition to this argument that *certiorari* would serve no useful purpose, the respondents also invoked the appellant’s alleged delay in commencing proceedings before the Trial Division as a reason for refusing *certiorari*.

² The text of this provision is as follows:

64. The Governor in Council may, at any time, in the discretion of the Governor in Council, either on petition of any party or person interested or of the Governor in Council’s own motion, vary or rescind any decision, order, rule or regulation of the Agency, whether the decision or order is made *inter partes* or otherwise, and whether the rule or regulation is general or limited in its scope and application, and any order that the Governor in Council may make with respect thereto is binding on the Agency and on all parties.

Puisque les intimés n’ont pas soutenu que le gouverneur en conseil ou le ministre s’était effectivement conformé aux Lignes directrices¹, la principale question dont la Cour est saisie consiste à savoir si le Décret sur les lignes directrices PÉEE devrait s’interpréter comme s’il exigeait que le gouverneur en conseil ou le ministre s’y conforment dans les circonstances.

Puisque le Décret contesté a été pris en vertu de l’article 64 de la *Loi de 1987 sur les transports nationaux*², les parties reconnaissent que, selon les termes du juge Estey qui s’exprimait pour la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735 aux pages 754 et 756, le pouvoir qu’a le gouverneur en conseil de modifier ou de rescinder «de son propre mouvement» une règle ou ordonnance de la Commission canadienne des transports est «un acte législatif sous la forme la plus pure» et «le gouverneur en conseil a entière discrétion dans la mesure où il respecte les limites fixées à sa compétence» par la disposition visée. Les parties reconnaissent aussi que le pouvoir législatif du gouverneur en conseil est susceptible de révision judiciaire s’il n’a pas observé l’une des conditions préalables à l’exercice de ce pouvoir. De nouveau, comme l’a dit le juge Estey (à la page 748):

Il faut dire tout de suite que la simple attribution par la loi d’un pouvoir au gouverneur en conseil ne signifie pas que son exercice échappe à toute révision. Si ce corps constitué n’a pas respecté une condition préalable à l’exercice de ce pouvoir, la cour peut déclarer ce prétendu exercice nul.

¹ Les intimés ont cependant prétendu qu’il existait suffisamment de preuves de l’absence de répercussions néfastes sur l’environnement pour permettre à cette Cour de rejeter la requête de bref de *certiorari*, même si elle était par ailleurs justifiée. En plus de soutenir que le bref de *certiorari* ne servirait aucune fin utile, les intimés ont aussi invoqué à l’encontre de sa délivrance ce qui serait le retard des appelants à entamer les procédures devant la Section de première instance.

² Voici le libellé de cette disposition:

64. Le gouverneur en conseil peut à tout moment, à son appréciation, modifier ou annuler les décisions, arrêtés, règles ou règlements de l’Office soit à la requête d’une partie ou d’une personne intéressée, soit de sa propre initiative; il importe peu que ces décisions ou arrêtés aient été pris en présence des parties ou non et que les règles ou règlements soient d’application générale ou particulière; les décrets du gouverneur en conseil en cette matière lient l’Office et toutes les parties.

The question then becomes one of whether the requirements of the EARP Guidelines Order constitute such a condition precedent.

The contentions of the appellants in this respect are as follows. The EARP Guidelines Order applies, *inter alia*, to any proposal that may have an environmental effect on an area of federal responsibility (paragraph 6(b)). A "proposal" is defined as including "any initiative, undertaking or activity for which the Government of Canada has a decision making responsibility" (section 2).³ The initial responsibility for implementing the EARP Guidelines Order falls on the "initiating department," defined as "any department, board or agency of the Government," any regulatory body, or any Schedule D (*Financial Administration Act* [R.S.C. 1970, c. F-10]) Crown corporation that is, on behalf of the Government, the decision-making authority for the proposal (section 2).

The appellants point to the breadth of the language used throughout the Guidelines Order: "the environmental consequences of any proposal expected to have significant environmental consequences" (section 2); "any department, board or agency of the Government of Canada" (section 2), "any department that is, on behalf of the Government of Canada, the decision making authority for a proposal" (section 2); "any initiative, undertaking or activity for which the Government of Canada has a decision making responsibility" (section 2); "as early in the planning process as possible and before irrevocable decisions are taken" (section 3); "the potential environmental effects of the proposal and the social effects directly related to those environmental effects" (paragraph 4(a)),

³ It is troubling that the French version of the definition section, section 2, includes no counterpart to the English *initiative*.

2. ...

«proposition» S'entend en outre de toute entreprise ou activité à l'égard de laquelle le gouvernement du Canada participe à la prise de décisions. (proposal)

Nevertheless, the general sense of the two versions is the same, and since the English version is equally authoritative, I believe we must accept the word *initiative* without further question, especially since the English version also utilizes "initiating" in the phrase "initiating department" (*ministère responsable*).

La question consiste alors à savoir si les exigences du Décret sur les lignes directrices PÉEE constituent de telles conditions préalables.

Les prétentions des appelants à cet égard sont les suivantes: le Décret sur les lignes directrices PÉEE s'applique, notamment, à toute proposition susceptible d'avoir des répercussions environnementales sur une question de compétence fédérale (alinéa 6b). Selon sa définition, «proposition» s'entend en outre de «toute entreprise ou activité à l'égard de laquelle le gouvernement du Canada participe à la prise de décisions» (article 2)³. La responsabilité initiale de l'application du Décret sur les lignes directrices PÉEE appartient au «ministère responsable», qui est défini comme étant «tout ministère, commission ou organisme fédéraux», tout organisme de réglementation, l'une des corporations de la Couronne nommées à l'annexe D (de la *Loi sur l'administration financière* [S.R.C. 1970, chap. F-10]) qui, au nom du gouvernement du Canada, exerce le pouvoir de décision à l'égard d'une proposition (article 2).

Les appelants soulignent la grande portée du libellé du Décret sur les lignes directrices: «des répercussions environnementales de toute proposition dont les effets prévus sur l'environnement sont importants» (article 2); «tout ministère, commission ou organisme fédéraux» (article 2); «Ministère qui, au nom du gouvernement du Canada, exerce le pouvoir de décision à l'égard d'une proposition» (article 2); «toute entreprise ou activité à l'égard de laquelle le gouvernement du Canada participe à la prise de décisions» (article 2); «le plus tôt possible au cours de l'étape de planification et avant de prendre des décisions irrévocables» (article 3); «des effets possibles de la proposition sur l'environnement ainsi que les répercussions sociales directement liées à ces effets» (alinéa 4a)); «propositions

³ Il est ennuyeux que la version française de l'article 2, où se trouvent les définitions, ne contienne pas d'équivalent du mot anglais *initiative*:

2. ...

«proposition» S'entend en outre de toute entreprise ou activité à l'égard de laquelle le gouvernement du Canada participe à la prise de décisions. (*proposal*)

Cependant, le sens général des deux versions est le même, et puisque la version anglaise a la même force, je crois que nous devons accepter le mot *initiative* sans plus de question, d'autant plus que la version anglaise emploie aussi l'adjectif *initiating* dans l'expression *initiating department* (*ministère responsable*).

“any proposal . . . that may have an environmental effect on any area of federal responsibility” (paragraph 6(b)). All of these, it is argued, support a universalist approach to the meaning of the Guidelines Order.

The appellants also referred to the *Department of the Environment Act*, R.S.C., 1985, c. E-10, pursuant to section 6 of which the Minister of the Environment was given power to establish guidelines such as those contained in the Order. Section 5 of that Act gives that Minister the duty to:

5. . . .

(a) initiate, recommend and undertake programs, and coordinate programs of the Government of Canada that are designed

(ii) to ensure that new federal projects, programs and activities are assessed early in the planning process for potential adverse effects on the quality of the natural environment and that a further review is carried out of those projects, programs, and activities that are found to have probable significant adverse effects, and the results thereof taken into account

They therefore conclude that, by the phrase “any department, board or agency of the Government of Canada” (which is, in part, how “department” is defined in section 2), Parliament intended to cover all instrumentalities through which the executive power of that Government might be exercised even to the inclusion of the Governor in Council. A contrary interpretation would be inconsistent with the purpose of the enactment, it was said, and a large range of federal decision making would be excluded from the requirement of environmental assessment and review notwithstanding Parliament’s intention that all new federal proposals, undertakings and activities be so examined.

In this contention, it seems to me, the Court is confronted with an underlying political argument as to the desirability of universal environmental protection, a matter which, in the absence of statutory or other authority, is beyond the capacity of a court to judge.

In addition, I do not find the legislative intention as manifest as painted, nor am I able to derive any assistance from recent decisions such as *Canadian Wildlife Federation Inc. v. Canada (Minister of the Environment)*, [1989] 3 F.C. 309

. . . pouvant avoir des répercussions environnementales sur une question de compétence fédérale” (alinéa 6b)). Toutes ces phrases, a-t-on avancé, militent en faveur d’une approche universaliste a relativement au sens du Décret sur les lignes directrices.

Les appelants ont aussi renvoyé à la Loi sur le ministère de l’Environnement, L.R.C. (1985), chap. E-10, dont l’article 6 a conféré au ministre de l’Environnement le pouvoir d’établir des directives comme celles contenues dans le Décret. En vertu de l’article 5 de cette Loi, le ministre:

5. . . .

a) lance, recommande ou entreprend à son initiative et coordonne à l’échelle fédérale des programmes visant à:

(ii) faire en sorte que les nouveaux projets, programmes et activités fédéraux soient, dès les premières étapes de planification, évalués en fonction de leurs risques pour la qualité de l’environnement naturel, et que ceux d’entre eux dont on aura estimé qu’ils présentent probablement des risques graves fassent l’objet d’un réexamen dont les résultats devront être pris en considération,

Ils concluent donc que par la phrase «tout ministère», commission ou organisme fédéraux (qui est, en partie, la façon dont le mot «ministère» est défini à l’article 2), le Parlement entendait viser tous les intermédiaires susceptibles d’exercer le pouvoir exécutif du gouvernement, y compris même le gouverneur en conseil. Une interprétation contraire serait incompatible avec l’intention du texte législatif, a-t-on avancé, et un large éventail d’instances décisionnelles fédérales échapperaient à l’obligation de l’évaluation et de l’examen en matière d’environnement même si le Parlement entend qu’elle s’applique à toutes les nouvelles propositions, entreprises ou activités du gouvernement fédéral.

En l’espèce, me semble-t-il, la Cour se trouve aux prises avec un argument sous-jacent ayant trait à l’opportunité de la protection universelle en matière d’environnement, un sujet qui, en l’absence de mesure législative ou autre autorité, ne ressortit pas à la compétence des tribunaux.

En outre, je n’estime pas l’intention du Parlement aussi manifeste qu’on le prétend, et je ne trouve aucune aide dans les décisions récentes comme les décisions *Fédération canadienne de la faune Inc. c. Canada (Ministre de l’Environnement)*

(T.D.), affirmed at [1990] 2 W.W.R. 69 (F.C.A.); *Canadian Wildlife Federation Inc. et al. v. Canada (Minister of the Environment) and Saskatchewan Water Corp.* (1989), 31 F.T.R. 1 (F.C.T.D.); *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1990] 2 F.C. 18 (C.A.); and *Naskapi-Montagnais Innu Assn. v. Canada (Minister of National Defence)*, [1990] 3 F.C. 381 (T.D.).

It was common ground that the phrase “the Government of Canada” was used in the sense of the executive branch of government. In the course of argument there was some discussion as to whether the Governor in Council is co-extensive with the executive, so that it would be inconsistent to refer to him as a department, board or agency of the executive.

I am, however, satisfied that the Governor in Council is not to be identified with the executive power as such. Section 9 of the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.)*, Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]] provides that “The Executive Government and Authority of and over Canada is hereby declared to continue and be vested in the Queen.” Section 10 makes it apparent that the Governor General is the “Chief Executive Officer . . . carrying on the Government of Canada on behalf and in the Name of the Queen”. Then by section 11 the Governor General is empowered to choose and summon persons to be members of the Queen’s Privy Council for Canada “to aid and advise in the Government of Canada”. Section 13 establishes that the Governor General in Council (now more usually called the Governor in Council) comprises “the Governor General acting by and with the Advice of the Queen’s Privy Council for Canada”. Beyond that, the operation of the executive is shrouded in the conventions of responsible government. What is clear is that, in the words of Professor Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. 1985, Toronto: Carswell Company Limited, at page 195, “The whole Privy Council meets very rarely, and then only for ceremonial occasions”, and that it is the Cabinet, in form merely a Committee of the Privy Council,

ment), [1989] 3 C.F. 309 (1^{re} inst.), confirmé dans [1990] 2 W.W.R. 69 (C.A.F.); *Fédération canadienne de la faune Inc. et autres c. Canada (Ministre de l’Environnement) et Saskatchewan Water Corp.* (1989), 31 F.T.R. 1 (C.F. 1^{re} inst.); *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1990] 2 C.F. 18 (C.A.); et *Naskapi-Montagnais Innu Assn. c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, [1990] 3 F.C. 381 (1^{re} inst.).

Les parties n’ont pas contesté que l’expression «gouvernement du Canada» ou «fédéraux» visait le pouvoir exécutif du gouvernement. Au cours des débats, on a soulevé la question de savoir si le gouverneur en conseil était assimilable à l’exécutif, de sorte qu’il serait illogique de le désigner comme un ministère, une commission ou un organisme de l’exécutif.

Je suis cependant convaincu que le gouverneur en conseil ne doit pas être assimilé au pouvoir exécutif comme tel. L’article 9 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]] prévoit que «A la Reine continueront d’être et sont par la présente attribués le gouvernement et le pouvoir exécutifs du Canada.» L’article 10 laisse entendre que le gouverneur général est le «Chef Exécutif . . . administrant le gouvernement du Canada au nom de la Reine». Puis l’article 11 confère au gouverneur général le pouvoir de choisir et de mander des personnes et de les assermenter comme conseillers privés «pour aider et aviser, dans l’administration du gouvernement du Canada». L’article 13 établit que le gouverneur général en conseil (plus communément appelé aujourd’hui le gouverneur en conseil) comprend le «gouverneur-général agissant de l’avis du Conseil Privé de la Reine pour le Canada». Au-delà de cela, l’exercice du pouvoir exécutif se drape des formalités du gouvernement responsable. Ce qui est clair c’est que, pour reprendre les termes du professeur Peter W. Hogg dans son ouvrage intitulé *Constitutional Law of Canada*, 2^e édition, 1985, Toronto: Carswell Company Limited, à la page 195 [TRADUCTION] «Le Conseil privé se réunit rarement de façon plénière, et il ne le fait

which in reality constitutes the "Council" advising the Governor General at any particular time.⁴

The Governor in Council does not, then, in law encompass the whole of the executive power. Executive authority is vested in the Governor General under the Queen, and he or she retains reserve or personal powers, such as the choice of a prime minister. Even if one can say, with Professor Hogg, at page 195, that "The cabinet . . . is in most matters the supreme executive authority", even its *de facto* authority is not the whole of the executive power.

In my view, there is nothing illogical in thinking of the Governor in Council, i.e. the Governor General acting by and with the advice of the Cabinet, as the first emanation of executive power. In that sense, he could be said to be a "board or agency of the Government of Canada". However, the question, as I see it, is not whether he could be so called, but whether that is the sense in which he described himself in the Guidelines Order. I do not believe that to be the case.

Not only would that be a strained usage to employ if he intended to include himself, but we are here, it seems to me, close to the heart of Cabinet government, and it would require clear language indeed to establish that the Governor in Council is included in "department, board or agency". The decision to cut back railway passenger service was, after all, a budgetary decision, and budgets are matters over which Parliament divides on motions of non-confidence. The impugned Order in Council is effectively the implementation of that budgetary decision of April 1989. It may be thought to be highly desirable that such orders in council be submitted to environmental assessment, but that sort of desirability can be measured only by considerations of policy beyond the purview of the courts. Courts are confined to the four corners of the enactment. In my view the enact-

⁴ Similar analyses are found in Dussault and Borgeat, *Administrative Law—A Treatise*, 2nd ed., 1985, Halliday, "The Executive of the Government of Canada" (1959), 2 *Can. Pub. Admin.* 229, Mallory; *The Structure of Canadian Government*, 1971, Dawson, *The Government of Canada*, 5th ed. by N. Ward, 1970.

qu'en des occasions officielles», et c'est le Cabinet, formellement un simple comité du Conseil privé, qui constitue en réalité le «Conseil» qui donne des avis au gouverneur général⁴.

^a Ainsi donc, en droit, le gouverneur en conseil ne comprend pas la totalité du pouvoir exécutif. Le pouvoir exécutif est conféré au gouverneur général représentant la Reine, et il ou elle conserve des ^b pouvoirs personnels, comme le choix du premier ministre. Même si l'on peut dire, avec le professeur Hogg (page 195) que [TRADUCTION] «Le Cabinet . . . est le pouvoir exécutif suprême relativement à la plupart des questions» même son pouvoir de fait ^c ne constitue pas la totalité du pouvoir exécutif.

À mon sens, il n'est nullement illogique de considérer le gouverneur en conseil, c'est-à-dire le gouverneur général agissant de l'avis du Cabinet, ^a comme étant la principale émanation du pouvoir exécutif. Dans ce sens, on pourrait dire qu'il est une «commission ou organisme fédér[al]». Toutefois, selon moi, la question n'est pas de savoir s'il peut être désigné de la sorte, mais il s'agit plutôt ^e de savoir si c'est le sens qu'il se donnait dans le Décret sur les lignes directrices. Je ne crois pas que ce soit le cas.

Non seulement serait-ce là forcer les choses s'il entendait être visé par l'expression précitée, mais ^f nous sommes ici, me semble-t-il, près du cœur du gouvernement par l'exécutif, et il faudrait un libellé très clair pour établir que le gouverneur en conseil est visé par l'expression «ministère, commission ou organisme fédéraux». La décision de ^g diminuer les services ferroviaires voyageurs était, après tout, une décision budgétaire, et le budget est une question à l'égard de laquelle le Parlement va aux voix à la suite de motions de censure. Le ^h Décret contesté constitue effectivement la mise en œuvre de la décision budgétaire d'avril 1989. Il peut sembler fort souhaitable que ces décrets subissent une évaluation en matière d'environnement, mais le caractère souhaitable de cette ⁱ mesure ne peut s'apprécier qu'en vertu de considérations de politiques qui échappent à la compé-

⁴ On trouve des analyses semblables dans les ouvrages suivants: Dussault et Borgeat, *Traité de droit administratif*, 2^e éd. 1984, Halliday «The Executive of the Government of Canada» (1959), 2 *Can. Pub. Admin.* 229, Mallory; *The Structure of Canadian Government*, 1971, Dawson *The Government of Canada*, 5^e éd. de N. Ward, 1970.

ment here, however broadly taken, does not reveal any legislative intention to submit all initiatives, undertakings or activities of the Governor in Council to environmental assessment.

This interpretation is, I believe, supported by the parent Act, the *Department of the Environment Act*, under section 6 of which the Guidelines Order was made and from which the phrase "department, board or agency" was derived. Subsection 4(1) of that Act begins as follows:

4. (1) The powers, duties and functions of the Minister extend to and include all matters over which Parliament has jurisdiction, not by law assigned to any other department, board or agency of the Government of Canada

This provision appears to equate the phrase "department, board or agency of the Government of Canada," not with the Governor in Council, but rather with a single governmental minister or ministry. A similar conclusion can be drawn from subsection 5(c) where the Minister is directed to advise "the heads of departments, boards and agencies" on environmental matters. Section 6, the actual empowering provision for the Guidelines Order, is perhaps even stronger, in apparently distinguishing the Governor in Council from departments, boards and agencies:

6. For the purposes of carrying out his duties and functions related to environmental quality, the Minister may, by order, with the approval of the Governor in Council, establish guidelines for use by departments, boards and agencies of the Government of Canada and, where appropriate, by corporations named in Schedule III to the *Financial Administration Act* and regulatory bodies in the exercise of their powers and the carrying out of their duties and functions. [Emphasis added.]

All in all, I find the conclusion compelling that, on the language used, the Guidelines Order does not require the compliance of the Governor in Council.

The issue which remains is as to the necessity of compliance with the Order by the Minister of Transport. There is no question, of course, that Ministers of the Crown are legally obliged to comply with the EARP Guidelines Order: *Friends of the Oldman River Society*, *supra*. The Order

tence des tribunaux. Ceux-ci doivent se limiter au libellé des textes législatifs, et à mon sens celui dont il est question en l'espèce, même largement interprété, ne révèle aucune intention de la part du législateur de soumettre toutes les entreprises ou activités du gouverneur en conseil à une évaluation en matière d'environnement.

Je crois que cette interprétation est appuyée par la loi constitutive, la *Loi sur le ministère de l'Environnement*; c'est en vertu de l'article 6 de cette Loi que le Décret sur les Lignes directrices ont été édictées et c'est de lui que proviennent les mots «ministère, [commission] ou organisme fédéraux». Le paragraphe 4(1) de la Loi débute ainsi:

4. (1) Les pouvoirs et fonctions du ministre s'étendent d'une façon générale à tous les domaines de compétence du Parlement non attribués de droit à d'autres ministères ou organismes fédéraux

Cette disposition semble mettre en parallèle l'expression «ministères ou organismes fédéraux» non pas avec le gouverneur en conseil mais plutôt avec un seul ministre ou ministère du gouvernement. On peut tirer une conclusion semblable de l'alinéa 5c) où il est dit que le ministre conseille «les chefs des divers ministères ou organismes fédéraux» sur les questions ayant trait à l'environnement. L'article 6, en vertu duquel a été édicté Décret sur les lignes directrices, est peut-être encore plus explicite dans la distinction qu'il semble établir entre le gouverneur en conseil et les ministères et organismes fédéraux:

6. Au titre de celles de ces fonctions qui portent sur la qualité de l'environnement, le ministre peut par arrêté, avec l'approbation du gouverneur en conseil, établir des directives à l'usage des ministères et organismes fédéraux et, s'il y a lieu, à celui des sociétés d'Etat énumérées à l'annexe III de la *Loi sur la gestion des finances publiques* et des organismes de réglementation dans l'exercice de leurs pouvoirs et fonctions. [Soulignements ajoutés.]

Dans l'ensemble, je trouve que la conclusion s'impose que selon son libellé, le Décret sur les lignes directrices n'exige pas que le gouverneur en conseil s'y conforme.

La question restante vise l'obligation qui pourrait être faite au ministre des Transports de se conformer au Décret en question. Il ne fait aucun doute, évidemment, que les ministres de la Couronne sont légalement tenus de respecter le Décret sur les lignes directrices PÉEE: voir l'arrêt *Friends*

even provides for a division of responsibility where there are two or more initiating departments in respect of a proposal (section 9).

Although the impugned Order in Council states on its face that it was made on the recommendation of the Minister of Transport, and there were admissions in Parliament that the Minister was the initiating Minister (*House of Commons Debates* October 3, 1989, at page 4252; *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Transport*, October 16, 1989, at page 18:36), the contention of the respondents was that the Minister was not in law an initiating department but simply in the position of giving advice or making recommendations to the real decision-making authority, the Governor in Council. It was said that, absent decision-making authority, a department is not an "initiating department" as that term is defined in the Guidelines Order, and therefore not legally obligated to apply the process set out.

On behalf of the appellants the argument was put that, when the Governor in Council deals with a proposal on the basis of a recommendation of a Minister, that Minister has exercised a power of decision in respect of that proposal, and that because the Minister in the case at bar had exercised a decision-making authority on behalf of the Government of Canada in respect of the VIA cuts he was bound to apply the EARP Guidelines Order. The case cited as authority for this proposition was *Re Abel et al. and Advisory Review Board* (1980), 31 O.R. (2d) 520, a decision of the Ontario Court of Appeal. Arnup J.A. there held for the Court that an advisory review board, established under the Ontario *Mental Health Act*, R.S.O. 1970, c. 269, to advise the Lieutenant-Governor in Council on the continued detention of patients in criminal psychiatric facilities, made decisions which brought into play the requirement that it act fairly.

However, in my view *Re Abel* cannot assist the appellants in the present context. Whatever the requirements of procedural justice in relation to an advising person or board, they cannot determine the status of that adviser as a decision-maker for the purposes of this Guidelines Order. Decision-making is not defined in the Order, but in this case

of the *Oldman River Society*, précité. Le Décret prévoit même la répartition des responsabilités lorsqu'il existe deux ou plusieurs ministères responsables à l'égard d'une proposition (article 9).

^a Bien qu'à sa lecture le décret contesté dise qu'il a été pris sur avis conforme du ministre des Transports, et qu'il a été admis au Parlement que le ministre était le ministre responsable (*Débats de la Chambre des communes*, 3 octobre 1989, à la page 4252; *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent des transports*, 16 octobre 1989, à la page 18:36), les intimés ont soutenu que le ministre n'était pas en droit un ministère responsable mais simplement en mesure de donner des avis ou de faire des recommandations à l'instance décisionnelle véritable, le gouverneur en conseil. On a affirmé qu'en l'absence d'autorité décisionnelle, un ministère n'est pas un «ministère responsable» selon la définition de cette expression dans le Décret sur les lignes directrices, et par conséquent qu'il n'est pas légalement tenu d'appliquer le processus qui y est exposé.

^e On a soutenu pour le compte des appelants que lorsque le gouverneur en conseil est saisi d'une proposition sur avis conforme d'un ministre, ce dernier a exercé un pouvoir de décision à l'égard de la proposition, et que puisque le ministre en l'espèce a exercé son pouvoir de décision pour le compte du gouvernement du Canada à l'égard des coupures de VIA, il était tenu d'appliquer le Décret sur les lignes directrices PÉEE. On a cité à l'appui de cette thèse l'arrêt *Re Abel et al. and Advisory Review Board* (1980), 31 O.R. (2d) 520, une décision de la Cour d'appel de l'Ontario. Le juge d'appel Arnup a conclu au nom de la Cour qu'un conseil de révision consultatif constitué en vertu de la *Mental Health Act* de l'Ontario, R.S.O. 1970, chap. 269, afin d'aviser le lieutenant-gouverneur en conseil sur la détention continue des patients dans les établissements psychiatriques pour criminels, prenait des décisions qui lui imposaient l'obligation d'agir avec équité.

ⁱ Toutefois, à mon sens, l'arrêt *Re Abel* ne peut aider les appelants dans le présent contexte. Quelles que soient les exigences de la justice dans la procédure relativement à un conseiller, qu'il soit un particulier ou un conseil, elles ne sauraient déterminer son statut en qualité de preneur de décisions aux fins du Décret sur les lignes directrices.

at least, where the action is taken under section 64 of the *National Transportation Act, 1987*, the decision-maker can only be the Governor in Council. I believe the learned Motions Judge was entirely right when he disposed of this issue in one pithy sentence (Appeal Book, at page 156 [reasons for order at page 5]):

Even if the Ministry of Transport is considered to be the initiating department, it is clearly not the decision-making body in so far as this Order in Council is concerned, which was passed pursuant to the extraordinary power granted under section 64 of the *National Transportation Act*.

In the light of my decision on the interpretation of the Guidelines Order, it is not necessary for me to consider the respondents' further arguments as to why *certiorari* should not be granted.

The appeal should therefore be dismissed with costs.

HUGESSEN J.A.: I agree.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

DÉCARY J.A.: I have had the advantage of reading the reasons for judgment prepared by my brother MacGuigan J.A.. While I would dispose of the matter in the way he suggests, I follow a different route than his. The facts have been recited in his reasons and I need not repeat them here. He has also quoted the principal provisions of the EARP Guidelines Order ("Guidelines"). As my reasons are primarily based on the provisions of the *Department of the Environment Act* ("Act"), I find it useful to quote in full the relevant sections of that Act.

POWERS, DUTIES AND FUNCTIONS OF THE MINISTER

4. (1) The powers, duties and functions of the Minister extend to and include all matters over which Parliament has jurisdiction, not by law assigned to any other department, board or agency of the Government of Canada, relating to

(a) the preservation and enhancement of the quality of the natural environment, including water, air and soil quality;

ces. La prise de décisions n'est pas définie dans le Décret, mais en l'espèce au moins, où la mesure est prise en vertu de l'article 64 de la *Loi de 1987 sur les transports nationaux*, le preneur de décisions ne peut être que le gouverneur en conseil. Je crois que le juge des requêtes avait parfaitement raison lorsqu'il a statué sur cette question en une phrase unique et concise (Dossier d'appel à la page 156 [motifs de l'ordonnance aux pages 4 et 5]):

Même si le ministère des Transports est considéré comme le ministère responsable, il est évident qu'il n'est pas l'organisme qui prend les décisions, dans la mesure où ce décret est concerné, ce dernier ayant été pris conformément au pouvoir extraordinaire accordé aux termes de l'article 64 de la *Loi sur les transports nationaux*.

Étant donné ma décision sur l'interprétation du Décret sur les lignes directrices, il ne m'est pas nécessaire d'étudier les autres arguments des intimés visant les motifs pour lesquels un bref de *certiorari* ne devrait pas être accordé.

L'appel devrait par conséquent être rejeté avec dépens.

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

* * *

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

LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement rédigés par mon collègue le juge d'appel MacGuigan. Je conclurais dans le même sens que lui, mais en suivant un raisonnement différent. Il a exposé les faits dans ses motifs, aussi n'ai-je pas à les répéter. Il a également cité les principales dispositions du Décret sur les lignes directrices PÉEE («les Lignes directrices»). Comme mes motifs se fondent principalement sur les dispositions de la *Loi sur le ministère de l'Environnement* («la Loi»), j'estime utile de citer intégralement les articles pertinents de cette Loi.

POUVOIRS ET FONCTIONS DU MINISTRE

4. (1) Les pouvoirs et fonctions du ministre s'étendent d'une façon générale à tous les domaines de compétence du Parlement non attribués de droit à d'autres ministères ou organismes fédéraux et liés:

a) à la conservation et l'amélioration de la qualité de l'environnement naturel, notamment celle de l'eau, de l'air et du sol;

(b) renewable resources, including migratory birds and other non-domestic flora and fauna;

(c) water;

(d) meteorology;

(e) notwithstanding paragraph 4(2)(f) of the *Department of National Health and Welfare Act*, the enforcement of any rules or regulations made by the International Joint Commission, promulgated pursuant to the treaty between the United States of America and His Majesty, King Edward VII, relating to boundary waters and questions arising between the United States and Canada, in so far as they relate to the preservation and enhancement of the quality of the natural environment;

(f) the coordination of the policies and programs of the Government of Canada respecting the preservation and enhancement of the quality of the natural environment;

(g) national parks; and

(h) national battlefields, historic sites and monuments.

(2) The powers, duties and functions of the Minister also extend to and include such other matters, relating to the environment and over which Parliament has jurisdiction, as are by law assigned to the Minister.

5. The Minister, in exercising his powers and carrying out his duties and functions under section 4, shall

(a) initiate, recommend and undertake programs, and coordinate programs of the Government of Canada that are designed

(i) to promote the establishment or adoption of objectives or standards relating to environmental quality, or to control pollution,

(ii) to ensure that new federal projects, programs and activities are assessed early in the planning process for potential adverse effects on the quality of the natural environment and that a further review is carried out of those projects, programs, and activities that are found to have probable significant adverse effects, and the results thereof taken into account, and

(iii) to provide to Canadians environmental information in the public interest;

(b) promote and encourage the institution of practices and conduct leading to the better preservation and enhancement of environmental quality, and cooperate with provincial governments or agencies thereof, or any bodies, organizations or persons, in any programs having similar objects; and

(c) advise the heads of departments, boards and agencies of the Government of Canada on all matters pertaining to the preservation and enhancement of the quality of the natural environment.

GUIDELINES BY ORDER

6. For the purposes of carrying out his duties and functions related to environmental quality, the Minister may, by order, with the approval of the Governor in Council, establish guidelines for use by departments, boards and agencies of the Government of Canada and, where appropriate, by corporations named in Schedule III to the *Financial Administration Act* and regulatory bodies in the exercise of their powers and the carrying out of their duties and functions.

b) aux ressources naturelles renouvelables, notamment les oiseaux migrateurs et la flore et la faune sauvages en général;

c) aux eaux;

d) à la météorologie;

e) malgré l'alinéa 4(2)f) de la *Loi sur le ministère de la Santé nationale et du Bien-être social*, à l'application, dans la mesure où ils touchent la conservation et l'amélioration de la qualité de l'environnement naturel, des règles ou règlements pris par la Commission mixte internationale et promulgués aux termes du traité signé entre les États-Unis d'Amérique et Sa Majesté le roi Édouard VII au sujet des eaux limitrophes et des questions d'intérêt commun pour les deux pays;

f) à la coordination des plans et programmes du gouvernement fédéral en matière de conservation et d'amélioration de la qualité de l'environnement naturel;

g) aux parcs nationaux;

h) aux champs de bataille, lieux et monuments historiques nationaux.

(2) Les pouvoirs et fonctions du ministre s'étendent en outre aux autres domaines de compétence du Parlement liés à l'environnement et qui lui sont attribués de droit.

5. Dans le cadre des pouvoirs et fonctions que lui confère l'article 4, le ministre:

a) lance, recommande ou entreprend à son initiative et coordonne à l'échelle fédérale des programmes visant à:

(i) favoriser la fixation ou l'adoption d'objectifs ou de normes relatifs à la qualité de l'environnement ou à la lutte contre la pollution,

(ii) faire en sorte que les nouveaux projets, programmes et activités fédéraux soient, dès les premières étapes de planification, évalués en fonction de leurs risques pour la qualité de l'environnement naturel, et que ceux d'entre eux dont on aura estimé qu'ils présentent probablement des risques graves fassent l'objet d'un réexamen dont les résultats devront être pris en considération,

(iii) fournir, dans l'intérêt public, de l'information sur l'environnement à la population;

b) favorise et encourage des comportements tendant à protéger et améliorer la qualité de l'environnement, et coopère avec les gouvernements provinciaux ou leurs organismes, ou avec tous autres organismes, groupes ou particuliers, à des programmes dont les objets sont analogues;

c) conseille les chefs des divers ministères ou organismes fédéraux en matière de conservation et d'amélioration de la qualité de l'environnement naturel.

DIRECTIVES ÉTABLIES PAR ARRÊTÉ

6. Au titre de celles de ses fonctions qui portent sur la qualité de l'environnement, le ministre peut par arrêté, avec l'approbation du gouverneur en conseil, établir des directives à l'usage des ministères et organismes fédéraux et, s'il y a lieu, à celui des sociétés d'État énumérées à l'annexe III de la *Loi sur la gestion des finances publiques* et des organismes de réglementation dans l'exercice de leurs pouvoirs et fonctions.

AGREEMENTS

7. The Minister may, with the approval of the Governor in Council, enter into agreements with the government of any province or any agency thereof respecting the carrying out of programs for which the Minister is responsible.⁵

Interpretation of the Act and of the GuidelinesThe Act

From the wording of these provisions, the powers, duties and functions of the Minister of the Environment extend to matters relating to the coordination of the policies and programs of the Government of Canada respecting the preservation and enhancement of the quality of the natural environment;⁶ in exercising these powers and carrying out these duties and functions the Minister shall initiate, recommend and undertake programs, and coordinate programs of the Government of Canada that are designed to ensure that new federal projects, programs and activities are assessed early in the planning process for potential adverse effects on the quality of the natural environment;⁷ and for the purpose of carrying out his duties and functions related to environmental quality, the Minister may establish guidelines for use by departments, boards and agencies of the Government of Canada.⁸

As I read these various sections, it seems to me that the intention of Parliament was to ensure that all new projects, programs and activities of the Government of Canada would be subject to early assessment in the planning process and, in order to so ensure, that guidelines be established for the use of all departments, boards and agencies. The purpose of the Act is to apply the early assessment to all new federal projects, and the means to achieve this purpose are the Guidelines. I note that section

⁵ Note: Counsel for the parties did not rely on the *Canadian Environmental Protection Act*, which was assented to on June 28, 1988 (S.C. 1988, c. 22; R.S.C., 1985, (4th Supp.), c. 16, and which contains a provision, section 53, similar to section 6 of the *Department of the Environment Act* except with respect to the words "by order" which have been deleted. Section 146 of the Act repeals section 6 of the *Department of the Environment Act*, but that section has not yet come into force. The Guidelines, therefore, have been interpreted solely in the context of the *Department of the Environment Act* under which they were formally established.

⁶ Paragraph 4(1)(f).

⁷ Subparagraph 5(a)(ii) (emphasis added).

⁸ Section 6.

ACCORDS

7. Le ministre peut, avec l'approbation du gouverneur en conseil, conclure avec les gouvernements des provinces ou leurs organismes des accords relatifs à la réalisation de programmes relevant de sa compétence.⁵

Interprétation de la Loi et des Lignes directricesLa Loi

Selon le libellé de ces dispositions, les pouvoirs et fonctions du ministre de l'Environnement s'étendent aux domaines de compétence liés à la coordination des plans et programmes du gouvernement fédéral en matière de conservation et d'amélioration de la qualité de l'environnement naturel⁶; dans le cadre de ces pouvoirs et fonctions, le ministre lance, recommande ou entreprend à son initiative et coordonne à l'échelle fédérale des programmes visant à faire en sorte que les nouveaux projets, programmes et activités fédéraux soient, dès les premières étapes de planification, évalués en fonction de leurs risques pour la qualité de l'environnement naturel⁷; et au titre de celles de ses fonctions qui portent sur la qualité de l'environnement, le ministre peut établir des directives à l'usage des ministères et organismes fédéraux⁸.

J'estime, à la lecture de ces divers articles, que l'intention du législateur était de faire en sorte que tous les nouveaux projets, programmes et activités fédéraux soient évalués dès les premières étapes de planification et que pour y arriver, des directives soient établies à l'usage de tous les ministères et organismes fédéraux. La Loi a pour objet que tous les nouveaux projets fédéraux soient évalués dès les premières étapes de planification, et le moyen d'y arriver réside dans les Lignes directrices. Je note

⁵ Note: Les avocats des parties ne se sont pas appuyés sur la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, qui a été sanctionnée le 28 juin 1988 (L.C. 1988, chap. 22; L.R.C. (1985) (4^e suppl.), chap. 16) et qui contient une disposition, l'article 53, semblable à l'article 6 de la *Loi sur le ministère de l'Environnement* à l'exception des mots «par arrêté» qui ont été retranchés. L'article 146 de la Loi abroge l'article 6 de la *Loi sur le ministère de l'Environnement*, mais cette disposition n'est pas encore entrée en vigueur. Par conséquent, les Lignes directrices ont été interprétées uniquement en fonction de la *Loi sur le ministère de l'Environnement* en vertu de laquelle elles ont été établies.

⁶ Alinéa 4(1)f).

⁷ Sous-alinéa 5a)(ii) (soulignements ajoutés).

⁸ Article 6.

6 does not provide that the Guidelines apply to departments; it provides that the Guidelines are for use by departments, which confirms in my opinion the distinction to be drawn between the purpose and effect of the Act, defined in sections 4 and 5, and the means established to achieve the purpose and effect, defined in section 6.

The Act, by its wording, is in my view binding on the Government of Canada and, therefore, on the Governor in Council and the Cabinet for in modern times

In fact, as a result of constitutional conventions, the real executive power belongs, at the federal level, to a committee of the Privy Council—the Cabinet⁹

The words “federal projects, programs and activities” [underlining added] as used in subparagraph 5(a)(ii) of the Act cannot but include projects, programs and activities which are said to be those of the Government of Canada, whether the Government of Canada acts through the Governor in Council or through a specific Minister.

Should there be any doubt as to whether or not the Act is expressly binding on the Government of Canada, its intent and context point to at least a necessary implication that it is binding.

In *Province of Bombay v. Municipal Corporation of the City of Bombay and Another*, Lord du Parc expressed the view that:

Their Lordships prefer to say that the apparent purpose of the statute is one element, and may be an important element, to be considered when an intention to bind the Crown is alleged. If it can be affirmed that, at the time when the statute was passed and received the royal sanction, it was apparent from its terms that its beneficent purpose must be wholly frustrated unless the Crown were bound, then it may be inferred that the Crown has agreed to be bound. Their Lordships will add that when the court is asked to draw this inference, it must always be remembered that, if it be the intention of the legislature that the Crown shall be bound, nothing is easier than to say so in plain words.¹⁰

and in *R. v. Ouellette*, Mr. Justice Beetz was of the view that section 16 [R.S.C. 1970, c. C-34] (now section 17 [R.S.C., 1985, c. I-21]) of the *Interpretation Act* which provides that no enact-

⁹ Dussault and Borgeat, *Administrative Law—A Treatise*, 1985, Vol. I, at pp. 53 ff.

¹⁰ [1947] A.C. 58, at p. 63.

que l'article 6 ne prévoit pas que les Lignes directrices s'appliquent aux ministères; il prévoit que le ministre peut établir des directives à l'usage des ministères, ce qui confirme, à mon sens, la distinction qu'il y a lieu de faire entre l'objet et l'effet de la Loi, énoncés aux articles 4 et 5, et le moyen établi pour atteindre l'objet et l'effet de la Loi, exposé à l'article 6.

Je suis d'avis que la Loi, par son libellé, lie le gouvernement du Canada et, par conséquent, le gouverneur en conseil et le Cabinet car à notre époque

En effet, par conventions constitutionnelles, le pouvoir exécutif réel appartient, au fédéral, à un comité du Conseil Privé—the Cabinet⁹

Les mots «projets, programmes et activités fédéraux» [soulignement ajouté] utilisés au sous-alinéa 5a)(ii) de la Loi ne peuvent que comprendre des projets, des programmes et des activités désignés comme étant ceux du gouvernement du Canada, que celui-ci agisse par l'entremise du gouverneur en conseil ou d'un ministre particulier.

S'il n'était pas certain que la Loi lie expressément le gouvernement du Canada, son intention et son contexte laissent tout au moins supposer, par déduction nécessaire, qu'elle lie effectivement le gouvernement.

Dans l'arrêt *Province of Bombay v. Municipal Corporation of the City of Bombay and Another*, lord du Parc s'est montré d'avis que:

[TRADUCTION] Leurs Seigneuries préférèrent dire que l'objet apparent de la loi est un facteur, qui peut être un facteur important, à considérer lorsque l'on allègue qu'il y a intention de lier la Couronne. Si l'on peut affirmer qu'au moment où la loi a été adoptée et a reçu la sanction royale, il ressortait clairement de son libellé qu'elle serait privée de tout effet salutaire si elle ne liait pas la Couronne, on peut présumer que la Couronne a accepté d'être liée. Leurs Seigneuries ajoutent toutefois que dans ces cas où l'on demande à la Cour de tirer cette conclusion, il faut toujours se rappeler que si l'intention du législateur est de lier la Couronne, il n'est rien de plus facile que de le dire en toutes lettres.¹⁰

et dans l'arrêt *R. c. Ouellette*, le juge Beetz s'est montré d'avis que l'article 16 [S.R.C. 1970, chap. C-34] (aujourd'hui l'article 17 [L.R.C. (1985), chap. I-21]) de la *Loi d'interprétation*, qui prévoit

⁹ Dussault et Borgeat, *Traité de droit administratif*, 1984, 2^e éd., tome I, aux p. 66 et s.

¹⁰ [1947] A.C. 58, à la p. 63.

ment is binding on Her Majesty except as mentioned or referred to in the enactment,

... does not exclude the rule by which the various provisions of a statute are each interpreted in light of the others, and it is possible that Her Majesty be implicitly bound by legislation if that is the interpretation which the legislation must be given when it is placed in its context.¹¹

In this case it seems to me apparent from the terms of the Act that its beneficent purpose would be wholly frustrated if the Government of Canada were allowed to play with words and distinguish where Parliament did not between federal projects that are those of a specific Minister and federal projects that are those of Cabinet even acting in a legislative capacity. The Act addresses a most practical concern, the environment, and is intended by its own terms to protect the quality of the environment whenever a new federal project is planned. We should not interpret the Act as if it were a constitutional document nor seek to import into it constitutional nuances that create irrelevant ambiguities where none really exists when one looks at the plain words used and applies them to government machinery as it works in daily life. One cannot ignore that in modern administration, decisions are not planned, made and acted upon by the Governor in Council without the assistance of specific ministers and departments.

The practice of government, in Canada, is defined as follows by Peter Hogg:

When the ministers meet together as a group they constitute the cabinet . . .

The cabinet, which does meet regularly and frequently, is in most matters the supreme executive authority . . . The cabinet formulates and carries out all executive policies, and it is responsible for the administration of all the departments of government. It constitutes the only active part of the Privy Council, and it exercises the powers of that body. The Governor General does not preside over, or even attend, the meetings of the cabinet. The Prime Minister presides. Where the Constitution or a statute requires that a decision be made by the "Governor General in Council" (and this requirement is very common indeed), there is still no meeting with the Governor General. The cabinet (or a cabinet committee to which routine Privy Council business has been delegated) will make the decision, and send an "order" or "minute" of the decision to the Governor General for his signature (which by convention is automatically given). Where a statute requires that a decision be made by a particular minister, then the cabinet will make

que sauf indication contraire y figurant, nul texte ne lie Sa Majesté,

... n'exclut pas la règle selon laquelle les diverses dispositions d'une loi s'interprètent les unes à la lumière des autres, et il est possible que Sa Majesté soit implicitement liée par un texte législatif si telle est l'interprétation que ce texte doit recevoir lorsqu'il est replacé dans son contexte¹¹.

En l'espèce, il me semble manifeste d'après le libellé de la Loi que son effet salutaire serait entièrement écarté si le gouvernement du Canada pouvait jouer sur les mots et établir des distinctions là où le Parlement ne l'a pas fait, entre les projets fédéraux qui sont ceux d'un ministre particulier et les projets fédéraux qui sont ceux du Cabinet même agissant en qualité de législateur. La Loi vise une préoccupation très concrète, l'environnement, et elle entend par ses termes mêmes protéger la qualité de l'environnement chaque fois que l'on prévoit un nouveau projet fédéral. Nous ne devons pas interpréter la Loi comme s'il s'agissait d'un document constitutionnel ni tenter d'y voir des nuances constitutionnelles qui créent des ambiguïtés sans aucun rapport là où en réalité aucune n'existe pour peu qu'on regarde les mots clairs qui sont utilisés et qu'on les applique à l'appareil gouvernemental dans son fonctionnement quotidien. On ne saurait oublier qu'en matière d'administration contemporaine, le gouverneur en conseil ne prépare pas, ne prend pas et ne met pas à exécution des décisions sans l'aide de ministres et de ministères particuliers.

La pratique suivie par le gouvernement, au Canada, est définie comme suit par Peter Hogg:

[TRADUCTION] Lorsque les ministres se réunissent ensemble en tant que groupe, ils forment le Cabinet . . .

Le Cabinet, qui se réunit régulièrement et fréquemment, est à l'égard de la plupart des questions le pouvoir exécutif suprême . . . Le Cabinet formule et met en œuvre toutes les politiques de l'exécutif, et il est responsable de l'administration de tous les ministères du gouvernement. Il constitue la seule partie active du Conseil privé, et il exerce les pouvoirs de cet organisme. Le gouverneur général ne préside pas les réunions du Cabinet ni même n'y assiste. C'est le premier ministre qui préside. Lorsque la Constitution ou une loi exige qu'une décision soit prise «par le gouverneur général en conseil» (et c'est là une exigence fort commune), aucune réunion n'est tenue avec le gouverneur général. Le Cabinet (ou un comité du Cabinet auquel ont été déléguées les affaires courantes du Conseil privé) prend la décision et envoie un «décret» ou une «minute» de la décision au gouverneur général pour signature (la convention veut qu'il la donne automatiquement). Lorsqu'une loi exige qu'une décision soit prise par un ministre particulier, le Cabinet

¹¹ [1980] 1 S.C.R. 568, at p. 575.

¹¹ [1980] 1 R.C.S. 568, à la p. 575.

the decision, and the relevant minister will formally authenticate the decision. Of course a cabinet will be content to delegate many matters to individual ministers, but each minister recognizes the supreme authority of the cabinet should the cabinet seek to exercise it.

It will now be obvious that in a system of responsible government there is no "separation of powers" between the executive and legislative branches of government. The head of the executive branch, the cabinet, draws its personnel and its power to govern from the legislative branch, the Parliament; and the cabinet controls the Parliament.¹²

I think that the following excerpts from Fajgenbaum and Hanks' are applicable also to the Canadian context:

This legal personality of the executive government is represented by the Crown, by the Queen: that is, the law regards the government as a legal person and that person is the Queen. However, in this context the terms "the Crown" and "the Queen" have become depersonalized. The terms refer, not to the Queen in her personal capacity, but to the office of monarch or the institution of the monarchy. When we talk of the Crown in the context of Australian government in the late twentieth century, we refer to a complex system of which the formal head is the monarch. We do not refer to a replica of sixteenth century English government, where real power was vested in and exercised by the monarch personally. Rather, we mean that collection of individuals and institutions (ministers, public servants, a Cabinet, the Executive Council, a Governor or Governor-General, and statutory agencies) which exercise the executive functions of government.

The law sees these individuals and institutions as agents of the Crown, and a whole range of executive functions as acts of the Crown. Indeed, many important decisions and actions of government are announced and performed as if they were decisions and actions of the Queen. The declaration of war or peace, the signing of international treaties, the appointment of judges and Cabinet ministers, the summoning or dissolution of parliament and the promulgation of a host of regulations, rules and orders which direct and control many aspects of the community's affairs—all of these are carried out as if they reflected the personal wishes of the Queen. And many other vital governmental functions, while not performed in the name of the Queen, are entrusted to ministers and public servants who act as *servants of the Crown*, not as private individuals when they perform the tasks committed to them.

[5.003] We must, of course, remember that this notion of the Crown as the personification of the government is largely a facade, a relic of medieval reality, retained in this more populist age because it is a convenient facade. The supposed power of the Queen is tempered, indeed controlled, by her principal

¹² *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. (1985), at pp. 195, 196, 203 (footnotes omitted).

prend alors la décision, et le ministre compétent l'authentique formellement. Naturellement, le Cabinet se contente de déléguer plusieurs questions à des ministres particuliers, mais chaque ministre reconnaît l'autorité suprême du Cabinet dans l'éventualité où ce dernier cherche à l'exercer.

Il est donc évident que dans un système de gouvernement responsable il n'existe pas de «partage des pouvoirs» entre les branches législative et exécutive du gouvernement. Le chef de la branche exécutive, le Cabinet, tient ses membres et son pouvoir de gouverner de la branche législative, le Parlement; et le Cabinet contrôle le Parlement¹².

Je crois que les extraits suivants de l'ouvrage de Fajgenbaum et Hanks' s'appliquent également au contexte canadien:

[TRADUCTION] La personnalité juridique du gouvernement exécutif est représentée par la Couronne, par la Reine: c'est-à-dire, en droit le gouvernement est considéré comme une personne morale et cette personne est la Reine. Toutefois, dans ce contexte les termes «la Couronne» et «la Reine» se sont dépersonnalisés. En effet, ils désignent non pas la Reine en tant que personne, mais les fonctions du monarque ou l'institution de la monarchie. Lorsque nous parlons de la Couronne dans le contexte du gouvernement australien à la fin du vingtième siècle, nous parlons d'un système complexe dont le chef officiel est le monarque. Nous ne parlons pas d'une réplique du gouvernement anglais au seizième siècle, lorsque le monarque détenait et exerçait personnellement le pouvoir réel. Nous faisons plutôt allusion à cet ensemble d'individus et d'institutions (ministres, fonctionnaires, un cabinet, le conseil exécutif, un gouverneur ou un gouverneur général et des organismes statutaires) qui exercent les fonctions exécutives du gouvernement.

En droit, ces individus et ces institutions sont considérés comme étant des représentants de la Couronne, et un grand éventail de fonctions exécutives sont considérées comme des actes de la Couronne. En effet, nombre de décisions et d'actes importants du gouvernement sont annoncés et exécutés comme s'il s'agissait des décisions et des actes de la Reine. La déclaration de la guerre ou de la paix, la signature de traités internationaux, la nomination des juges et des ministres du Cabinet, la convocation et la dissolution du Parlement et la promulgation de nombreux règlements, règles et décrets qui régissent et contrôlent plusieurs aspects des affaires de la collectivité—toutes ces actions sont exécutées comme si elles reflétaient la volonté personnelle de la Reine. Et plusieurs autres fonctions essentielles du gouvernement, bien qu'elles ne soient pas remplies au nom de la Reine, sont confiées à des ministres et des fonctionnaires qui agissent en qualité de *préposés de la Couronne* et non en tant que particuliers lorsqu'ils exécutent les tâches qui leur sont confiées.

[5.003] Nous ne devons pas oublier, naturellement, que cette idée que la Couronne est la personification du gouvernement est dans une grande mesure une simple façade, un vestige de la réalité médiévale, conservée à notre époque plus démocratique parce qu'il s'agit d'une façade commode. Le présumé pouvoir

¹² *Constitutional Law of Canada*, 2^e éd. (1985), aux p. 195, 196 et 203 (notes en bas de pages omises).

servants or ministers who in turn rely for their positions upon the tolerance and support of their political colleagues within and outside of parliament. The formal legal rules, to which the courts, in their sentimental conservatism, have adhered, are very much qualified by conventions which determine how the legal powers are to be exercised.¹³

Therefore, in my view, when an Act of Parliament refers to "federal projects", it would require express words to exclude from these projects those projects so-called planned, made and acted upon by the Governor in Council.

The Guidelines

I now turn to the Guidelines.

The validity of the Guidelines was not attacked by the appellants and I must therefore assume that they are valid and that they respect the limits set out by the enabling statute. This assumption is one of the major difficulties of the present case because we are confronted with the task of interpreting a presumably valid regulation that may well be, if my brother MacGuigan's interpretation is correct, at variance with its enabling statute as I interpret it. If, however, there is an interpretation of the Guidelines which is more in accordance with the Act, that interpretation should be favoured for regulations, as much as their enabling statute are "deemed remedial" and must be given "such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of [their] objects", to use the words found in section 12 of the *Interpretation Act* [R.S.C., 1985, c. I-21] which applies, because of the definition of "enactment" and "regulation" in section 2, to acts as well as to regulations and orders. As Driedger puts it,

The intent of the statute transcends and governs the intent of the regulations.¹⁴

The Guidelines apply, under section 6, to "any proposal (a) that is to be undertaken directly by an initiating department; (b) that may have an environmental effect on an area of federal responsibility" and section 2 defines "proposal" as including "any initiative, undertaking or activity for which the Government of Canada has a decision making

¹³ *Fajgenbaum and Hanks' Australian Constitutional Law*, 2nd ed., (1980), at pp. 339-340.

¹⁴ *Construction of Statutes*, 2nd ed. (1983), at p. 247.

de la Reine est atténué, et même contrôlé, par ses principaux préposés et ministres qui, à leur tour comptent, en ce qui concerne leurs positions, sur la bonne volonté et sur l'appui de leurs collègues politiques, aussi bien au sein qu'à l'extérieur du Parlement. Les règles juridiques formelles, auxquelles les tribunaux, étant donné leur conservatisme sentimental, ont adhéré, sont tout empreintes des conventions qui déterminent la façon dont les pouvoirs prévus par la loi seront exercés¹³.

Par conséquent, j'estime que lorsqu'une loi du Parlement parle de «projets fédéraux», seuls des mots explicites pourraient exclure de ces projets ceux qui sont soi-disant planifiés, faits et exécutés par le gouverneur en conseil.

Les Lignes directrices

J'en arrive maintenant aux Lignes directrices.

Les appelants n'ont pas mis en cause la validité des Lignes directrices, aussi dois-je présumer qu'elles sont valides et qu'elles respectent les limites établies par la loi habilitante. Cette présomption est l'une des principales difficultés en l'espèce car nous avons à interpréter un règlement que l'on doit présumer valide mais qui peut fort bien, si l'interprétation de mon collègue le juge MacGuigan est correcte, être incompatible avec sa loi habilitante, telle que je l'interprète. Cependant, s'il existe une interprétation des Lignes directrices plus conforme aux dispositions de la Loi, elle doit être privilégiée car les règlements, tout autant que leur loi habilitante, sont «censé[s] apporter une solution de droit» et «s'interprète[nt] de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de [leur] objet», pour employer le libellé de l'article 12 de la *Loi d'interprétation* [L.R.C. (1985), chap. I-21] qui s'applique, étant donné la définition des mots «texte» et «règlement» à l'article 2, aux lois aussi bien qu'aux règlements et aux décrets. Comme l'a dit Driedger,

[TRANSDUCTION] L'intention de la loi transcende et régit l'intention du règlement¹⁴.

Les Lignes directrices s'appliquent, selon l'article 6, «aux propositions a) devant être réalisées directement par un ministère responsable; b) pouvant avoir des répercussions environnementales sur une question de compétence fédérale» et selon l'article 2 le mot «proposition» s'entend en outre de «toute entreprise ou activité à l'égard de

¹³ *Fajgenbaum and Hanks' Australian Constitutional Law*, 2^e éd. (1980), aux p. 339 et 340.

¹⁴ *Construction of Statutes*, 2^e éd. (1983), à la p. 247.

responsibility". I underlined the words "proposal" and "any" and the expressions "Government of Canada" and "area of federal responsibility" to illustrate that the Guidelines, in accordance with the Act, are meant to apply to any activity for which the Government of Canada, and not a specific department, Minister or body, has a decision-making responsibility. As I understand the Guidelines, they apply whenever, on behalf of the Government of Canada, a decision-making responsibility is involved which has environmental implications.

The emphasis has been put by the learned Trial Judge and by the respondents on the words "initiating department" which relate to the administration of the Guidelines. I would rather put the emphasis on the words "proposal" and "Government of Canada", which relate to the "application" of the Guidelines. There is no requirement, in the definition of "proposal", that it be made by an initiating department within the meaning of the Guidelines.¹⁵ The intention of the drafter seems to be that whenever there is an activity that may have an environmental effect on an area of federal responsibility and whoever the decision-maker may be on behalf of the Government of Canada, be it a department, a Minister, the Governor in Council, the Guidelines apply and it then becomes a matter of practical consideration, when the final decision-maker is not a department, to find which department or Minister is the effective original decision-maker or the effective decision-undertaker, for there is always a department or a Minister involved "in the planning process" and "before irrevocable decisions are taken"¹⁶ or in the "direct undertaking" of a proposal.¹⁷ In my view, the Guidelines once they apply to a proposal, are to be complied with by the department(s) or Minister(s), who for all practical purposes, is or are responsible for the planning and undertaking of the proposal. Where, as here, the Governor in Council steps in at the last moment to make a decision "on the recommendation of the Minister of Transport", there is a "proposal" for the pur-

¹⁵ See paragraph 6(b).

¹⁶ Section 3.

¹⁷ See paragraph 6(a)

laquelle le gouvernement du Canada participe à la prise de décisions». J'ai souligné les mots «propositions» et «toute» et les expressions «gouvernement du Canada» et «question de compétence fédérale»
 a pour montrer que les Lignes directrices, conformément à la Loi, sont censées s'appliquer à toute activité à l'égard de laquelle le gouvernement du Canada et non un ministère, ministre ou organisme particuliers, participe à la prise de décisions.
 b Si je comprends bien les Lignes directrices, elles s'appliquent chaque fois que, pour le compte du gouvernement du Canada, entre en jeu la prise d'une décision qui doit avoir des répercussions environnementales.

Le juge de première instance et les intimés ont mis l'accent sur les mots «ministère responsable» qui ont trait à l'administration des Lignes directrices. Je mettrais plutôt l'accent sur les mots «proposition» et «gouvernement du Canada» qui ont trait au «champ d'application» des Lignes directrices. Rien n'exige dans la définition du mot «proposition» que celle-ci soit faite par un ministère responsable, au sens des Lignes directrices¹⁵. L'intention du rédacteur semble être que les Lignes directrices doivent s'appliquer chaque fois qu'une activité peut avoir des répercussions environnementales sur une question de compétence fédérale et quel que soit le preneur de décision au nom du gouvernement, qu'il s'agisse d'un ministère, d'un ministre ou du gouverneur en conseil, et cela devient alors une question purement pratique, lorsque le preneur de décision ultime n'est pas un ministère, de déterminer quel ministère ou ministre est le preneur de décision originel ou celui qui va effectivement mettre la décision à exécution, car il se trouve toujours un ministère ou un ministre qui est présent «à l'étape de planification» et «avant» que ne soient prises «des décisions irrévocables»¹⁶ ou qui voit à la «réalisation directe» de la proposition¹⁷. À mon avis, les Lignes directrices, dès lors qu'elles s'appliquent à une proposition, doivent être respectées par le(s) ministère(s) ou le(s) ministre(s) qui, à toutes fins pratiques, est ou sont responsable(s) de la planification et de la réalisation de la proposition. Lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, le gouverneur en conseil intervient au dernier

¹⁵ Voir l'alinéa 6b).

¹⁶ Voir l'article 3.

¹⁷ Voir l'alinéa 6a).

poses of the application of the Guidelines and the “initiating department” for the purposes of the administration of the Guidelines is admittedly the Department of Transport. To hold otherwise would, in my view, defeat the purpose of the Guidelines and of the *Department of the Environment Act*.

I note, as did my brother MacGuigan, that both the Minister of the Environment and the Minister of Transport took the position in the House of Commons and before the Standing Committee on Transport that the Guidelines applied to the VIA Rail reorganization and that the Department of Transport was the “initiating department”. While these ministerial comments are not binding in law, they nevertheless indicate that for all practical purposes the Department of Transport considered itself, correctly in my view, as the “initiating department”.

It is the Minister of Transport who announced “the federal government’s decision concerning VIA’s 5 year corporate plan”, “informed members of the VIA board of directors of the government’s new policy approach”, “received representations from many Canadians”, outlined “the government’s plan for a restructured rail passenger network”, said that “naturally the potential environmental impact of any change to VIA formed an important part of my consideration of VIA’s corporate plan”, “directed that the potential environmental impact be examined carefully by my officials”, and announced “the results of our study”.¹⁸

It is the Minister of Transport who filed a document entitled “Process for discontinuance”¹⁹ which contained the following explanation:

Parliament established those powers (in the *National Transportation Act*)* to assure that the government, rather than a regulatory body, would have ultimate responsibility and accountability.

moment pour prendre une décision «sur avis conforme du ministre des Transports», il y a «proposition» aux fins de l’application des «Lignes directrices» et le «ministère responsable» aux fins de l’administration des Lignes directrices est, à la face même du document, le ministère des Transports. Soutenir le contraire serait, à mon avis, aller à l’encontre de l’objet des Lignes directrices et de la *Loi sur le ministère de l’Environnement*.

Je note, comme l’a fait mon confrère le juge MacGuigan, que le ministre de l’Environnement aussi bien que le ministre des Transports se sont montrés d’avis devant la Chambre des communes et devant le Comité permanent des transports que les Lignes directrices s’appliquaient à la réorganisation de VIA Rail et que le ministère des Transports était le «ministère responsable». Bien que ces remarques n’aient pas force de loi, elles n’en indiquent pas moins qu’à toutes fins pratiques le ministère des Transports estimait être, à bon droit selon moi, le «ministère responsable».

C’est le ministre des Transports qui a annoncé [TRADUCTION] «la décision du gouvernement fédéral au sujet du plan quinquennal d’entreprise de VIA Rail», qui a «fait connaître aux membres du conseil d’administration de VIA la nouvelle politique du gouvernement», qui a «recueilli les observations de nombreux canadiens», qui a exposé «les grandes lignes du plan gouvernemental pour l’établissement d’un réseau ferroviaire restructuré d’envergure nationale» et qui a dit que «les retombées environnementales possibles du plan d’entreprise de VIA ont, naturellement, tenu une place importante dans l’analyse que j’en ai faite», qui a «donné instruction à mes fonctionnaires d’étudier attentivement ces possibilités» et qui a annoncé «les résultats de notre examen»¹⁸.

C’est le ministre des Transports qui a déposé un document intitulé «Le processus de cessation de service»¹⁹ qui contenait l’explication suivante:

Le Parlement a établi ces pouvoirs (dans la *Loi nationale sur les transports*)* pour veiller à ce que le gouvernement, de préférence à tout autre organisme de réglementation, assume l’entière responsabilité des mesures prises.

¹⁸ Appeal Book, at pp. 19, 22.

¹⁹ Appeal Book, at p. 35.

* Editor’s Note: The title of the Act should read *National Transportation Act, 1987*.

¹⁸ Dossier d’appel, aux p. 19 et 22.

¹⁹ Dossier d’appel, à la p. 35.

* Note de l’arrêstiste: le titre de la Loi devrait se lire *Loi de 1987 sur les transports nationaux*.

Whatever may be the legal value of that document, and I suspect there is none, it nevertheless confirms how little if any real “decision making authority” VIA had in fact with respect to the proposal.

Counsel for the respondents submitted at the hearing that if the Guidelines applied the “initiating department” would be VIA. Such submission, in my view, is totally contradicted by the evidence I have just referred to. There was only one “initiating department” in this whole affair, it was the Department of Transport; there was only one “decision making authority” for the purposes of the Guidelines, and it was the Minister of Transport. While it is arguable that the final decision-making authority was in law the Governor in Council, there is nothing in the Guidelines as I read them in conjunction with the Act that imports a notion of “finality”, not even of “legality” in the expression “decision making authority”.

I therefore fully agree with the appellants when they state that “when the Governor in Council deals with a proposal on the basis of a recommendation of a Minister, that Minister has exercised a power of decision in respect of that proposal” and when they submit that “the Minister of Transport exercised a decision making authority on behalf of the Government of Canada in respect of the Via Rail cuts and was bound to apply the EARP Guidelines Order”.

The Governor in Council is also, in my view, subject to the Guidelines even though he may not be an “initiating department” for the purposes of the Guidelines. If, in exercising its statutory powers under section 64 of the *National Transportation Act, 1987*, the Governor in Council is making a proposal that may have an environmental effect on an area of federal responsibility, the *Department of the Environment Act* and the Guidelines apply to that proposal for it is an activity for which the Government of Canada has a decision-making responsibility. It then becomes by law and by regulation a condition precedent to the exercise of its statutory power that the Governor in Council ascertain itself that the initiating department complies with the Guidelines. As Mr.

Quelle que puisse être la valeur juridique de ce document, et je soupçonne qu’il n’en a aucune, il n’en confirme pas moins le peu de «pouvoir de décision» réel que possédait VIA, à supposer qu’elle en ait eu, à l’égard de la proposition.

Les avocats des intimés ont avancé à l’audience que si les Lignes directrices s’appliquaient, le «ministère responsable» serait VIA. À mon sens, cette prétention est entièrement contredite par les éléments de preuve auxquels je viens de renvoyer. Il n’y avait qu’un «ministère responsable» dans toute cette affaire, et c’était le ministère des Transports; il n’existait qu’un «pouvoir de décision» aux fins des Lignes directrices, et c’était le ministre des Transports. Bien que l’on puisse soutenir que le pouvoir de décision final était en droit le gouverneur en conseil, je ne vois rien dans les Lignes directrices, interprétées en corrélation avec la Loi, qui indique une idée de «finalité» ou même de «légalité» dans l’expression «pouvoir de décision».

Je suis donc entièrement d’accord avec les appellants lorsqu’ils disent que [TRADUCTION] «lorsque le gouverneur en conseil est saisi d’une proposition sur avis conforme d’un ministre, ce dernier a exercé un pouvoir de décision à l’égard de la proposition» et lorsqu’ils avancent que [TRADUCTION] «le ministre des Transports a exercé son pouvoir de décision pour le compte du gouvernement du Canada à l’égard des coupures de VIA et il était tenu d’appliquer le Décret sur les lignes directrices PÉEE».

Le gouverneur en conseil est aussi à mon avis tenu de se conformer aux Lignes directrices bien qu’il puisse ne pas être un «ministère responsable» aux fins de ce Décret. Si dans l’exercice des pouvoirs que lui confère l’article 64 de la *Loi de 1987 sur les transports nationaux*, le gouverneur en conseil fait une proposition pouvant avoir des répercussions environnementales sur une question de compétence fédérale, la *Loi sur le ministère de l’Environnement* et les Lignes directrices s’appliquent à cette proposition car il s’agit là d’une activité à l’égard de laquelle le gouvernement du Canada participe à la prise de décisions. Dès lors, en vertu de la loi et en vertu des règlements, le gouverneur en conseil est tenu, comme condition préalable à l’exercice du pouvoir que lui confère la

Justice Estey put it in *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*:

Let it be said at the outset that the mere fact that a statutory power is vested in the Governor in Council does not mean that it is beyond review. If that body has failed to observe a condition precedent to the exercise of that power, the court can declare that such purported exercise is a nullity.²⁰

Respondents submit, alternatively, that the Guidelines do not apply to a decision to reduce the level of an undertaking or activity which has been ongoing prior to the coming into force of the Guidelines. I fail to see any merit in this proposition. Nothing in the Guidelines indicates that they would not apply to proposals reducing the level of existing undertakings or activities. The VIA Rail reorganization is a “new federal project, program and activity” within the meaning of subparagraph 5(a)(ii) of the Act and an “initiative, undertaking or activity” within the definition of “proposal” in the Guidelines. I note that the wording in the Guidelines is not similar to the wording in the Act but the meaning of the various expressions used appears to be the same and is quite far-reaching. The VIA Rail reorganization is also, as recognized by the Ministers involved, a proposal “that may have an environmental effect on an area of federal responsibility”, even though minimal, within the meaning of paragraph 6(b).

Respondents also submit that, in any event, the appellants’ interpretation of the requirements of the Guidelines is incorrect. I need not here interpret these requirements, for the evidence is conclusive that whatever was done was not done pursuant nor in relation to the Guidelines.

At the hearing, respondents argued that it would be a strange result if the Guidelines applied to the Governor in Council and did not apply, because of section 7, to corporations listed in Schedule D to the *Financial Administration Act* [R.S.C. 1970, c. F-10]. However strange that result might be, and it is not of my domain to comment on that, it derives not from the Guidelines but from the Act itself which, at section 6, provides that the Guide-

loi, de s’assurer que le ministère responsable respecte les Lignes directrices. Comme l’a dit le juge Estey dans l’arrêt *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autres*:

^a Il faut dire tout de suite que la simple attribution par la loi d’un pouvoir au gouverneur en conseil ne signifie pas que son exercice échappe à toute révision. Si ce corps constitué n’a pas respecté une condition préalable à l’exercice de ce pouvoir, la cour peut déclarer ce prétendu exercice nul²⁰.

^b Subsidiairement, les intimés avancent que les Lignes directrices ne s’appliquent pas à une décision qui restreint la portée d’une entreprise ou activité qui était déjà en cours de réalisation avant l’entrée en vigueur des Lignes directrices. Je ne vois pas le bien-fondé de cette thèse. Rien dans les Lignes directrices n’indique qu’elles ne s’appliquent pas aux propositions réduisant la portée d’entreprises ou activités existantes. La réorganisation de VIA Rail est un «nouveau projet, programme et activité fédérale[1]» au sens du sous-alinéa 5a)(ii) de la Loi et une «entreprise ou activité» au sens de la définition du mot «proposition» dans les Lignes directrices. Je note que le libellé des Lignes directrices diffère de celui de la Loi mais le sens des différentes expressions employées semble être le même et est très étendu. La réorganisation de VIA Rail est aussi, comme le reconnaissent les ministres compétents, une proposition «pouvant avoir des répercussions environnementales sur une question de compétence fédérale», quoique minimales, au sens de l’alinéa 6b).

^g Les intimés affirment aussi qu’en tout état de cause, l’interprétation que donnent les appelants des exigences des Lignes directrices est incorrecte. Je n’ai pas à interpréter ici ces exigences, car la preuve est concluante que ce qui a été fait ne l’a pas été en vertu ni en fonction des Lignes directrices.

ⁱ À l’audience, les intimés ont fait valoir que ce serait une curieuse situation que les Lignes directrices s’appliquent au gouverneur en conseil mais qu’elles ne s’appliquent pas, en raison de l’article 7, aux sociétés énumérées à l’annexe D de la *Loi sur l’administration financière* [S.R.C. 1970, chap. F-10]. Si étrange que puisse être cette situation, et il n’entre pas dans mes attributions d’en juger, elle découle non pas des Lignes directrices

²⁰ [1980] 2 S.C.R. 735, at p. 748.

²⁰ [1980] 2 R.C.S. 735, à la p. 748.

lines are for use by such corporations “where appropriate”.

I take some comfort in my interpretation of the Act and the Guidelines in various decisions of this Court. In *Friends of the Oldman River*, my colleague Mr. Justice Stone, speaking for the Court, referred to [at page 39] “the true and, indeed, very far-reaching impact of the Guidelines Order” and added [at page 39]:

The dam project to which the approval related fell squarely within the purview of paragraph 6(b) of the Guidelines Order as a “proposal . . . that may have an environmental effect on an area of federal responsibility”. This “proposal” resulted in the Department of Transport becoming the “initiating department” responsible as the “decision-making authority”.

Commenting on the word “proposal”, he went on to say [at page 44]:

Although the word “proposal” in its ordinary sense may mean something in the nature of an application, in the Guidelines Order it is a defined word which is used to encompass a scope far broader than its ordinary sense.

In such circumstances, if any “initiative, undertaking or activity” exists for which the Government of Canada has “a decision making responsibility” a “proposal” also exists.

With respect to the respective roles of the Minister of Transport and of the Minister of Fisheries and Oceans in the circumstances of that case, Mr. Justice Stone concluded [at page 48]:

. . . that the Minister of Fisheries and Oceans as the Minister responsible for the protection of fish habitat and fisheries resources in the Oldman River was required to play his full part under the Guidelines Order. It then remained for the Minister of the “initiating department”, Transport, to grant or refuse the approval at the end of their review process.²¹

In *Can. Wildlife Fed. Inc. v. Can. (Min. of the Environment)*,²² this Court held that the Guidelines Order was mandatory:

. . . the repeated use of the word “shall” throughout, and particularly in s. 6, 13 and 20, indicates a clear intention that

²¹ *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1990] 2 F.C. 18 (C.A.).

²² [1990] 2 W.W.R. 69 (F.C.A.).

mais de la Loi elle-même qui, à l'article 6, prévoit que les Lignes directrices s'appliquent à de telles sociétés «s'il y a lieu».

^a Je trouve un appui à mon interprétation de la Loi et des Lignes directrices dans diverses décisions de cette Cour. Dans l'arrêt *Friends of the Oldman River*, mon collègue le juge Stone, qui s'exprimait au nom de la Cour [à la page 39], a parlé de «la portée véritable et, certes, très étendue du Décret sur les lignes directrices» et il a ajouté [aux pages 39 et 40]:

^c Le projet de barrage auquel se rapportait l'approbation tombait nettement sous le coup de l'alinéa 6b) du Décret sur les lignes directrices en ce qu'il faisait partie des «propositions . . . pouvant avoir des répercussions environnementales sur une question de compétence fédérale». À la suite de cette «proposition», le ministère des Transports est devenu le «ministère responsable» en qualité de ministère qui «exerce le pouvoir de décision».

^d En commentant le mot «proposition», il a ajouté [à la page 44]:

^e Bien que, dans son acception courante, le terme «proposition» puisse impliquer un genre de demande, dans le Décret sur les lignes directrices ce mot est un terme défini dont la portée est beaucoup plus large que sa portée courante.

^f Dans de telles circonstances, s'il existe une «entreprise ou activité» à l'égard de laquelle le gouvernement du Canada exerce «le pouvoir de décision», il existe également une «proposition».

^g Le juge Stone a dit ce qui suit relativement aux rôles respectifs du ministre des Transports et du ministre des Pêches et des Océans dans les circonstances de cette affaire [à la page 48]:

^h . . . en qualité de ministre responsable de la protection de l'habitat du poisson et des ressources halieutiques de la rivière Oldman, le ministre des Pêches et des Océans ait été tenu de jouer pleinement le rôle que lui assignait le Décret sur les lignes directrices. Il revenait ensuite au ministre du «ministère responsable», celui des Transports, d'accorder ou de refuser l'approbation au terme de ce processus d'examen²¹.

ⁱ Dans l'arrêt *Féd. can. de la faune Inc. c. Canada (Min. de l'Environnement)*²², cette Cour a conclu que le Décret sur les lignes directrices avait un caractère impératif:

. . . l'emploi répété du verbe «shall» dans la version anglaise des Lignes directrices, et particulièrement aux art. 6, 13 et 20, montre l'intention évidente que les Lignes directrices aient

²¹ *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1990] 2 C.F. 18 (C.A.).

²² [1990] 2 W.W.R. 69 (C.A.F.).

the Guidelines shall bind all those to whom they are addressed, including the Minister of the Environment himself.²³

In the Trial Division, Mr. Justice Cullen had held that:

At first glance it appears that the EARP Guidelines are for use only by departments, boards, agencies of the Government of Canada (see definition of "department" and "initiating department" in the Order) and there is some merit to the respondent Minister's position that the Project is a provincial undertaking subject only to provincial regulations and guidelines. However, section 6 of the EARP Guidelines Order specifically provides that these guidelines shall apply to any proposal that may have an environmental effect on an area of federal responsibility...²⁴

At page 328, he referred to the fact that the Minister was "a participant" in the project "(in that he issued the licence under the *International River Improvements Act*)".

In *Naskapi-Montagnais Innu Assn. v. Canada (Minister of National Defence)*, Madame Justice Reed expressed the following view [at page 392 F.C.]:

... I do not agree that because a proposal has been implicitly authorized by the Governor in Council, as a result of being the subject of an international agreement... it therefore falls outside the scope of the EARP Guidelines Order. I think counsel for the applicant's argument is correct, that one must look at the decisions and actions which have to be taken, by the relevant government department, to implement the treaty which was entered into. It is to those decisions and activities that the EARP Guidelines Order may attach.²⁵

The jurisprudence of the Federal Court appears to give the Guidelines a maximum of authority and efficiency and to interpret them in such a way as to make them adaptable to the reality of administrative machinery and applicable to all "participating" departments or Ministers at whatever stage their participation occurs. I consider that one must look at the actual decisions and actions which have taken place and which have to be taken by the relevant government departments to decide which department(s) is (are) at a specific point in time the *de facto* deciding authority with respect to a federal project or initiative and therefore bound by the Guidelines.

force obligatoire pour tous ceux qu'elles visent, y compris le ministre de l'Environnement lui-même.²³

En première instance, le juge Cullen avait statué comme suit:

À première vue, il semble que le Décret ne soit destiné qu'aux ministères et organismes fédéraux (voir la définition des termes «ministère» et «ministère responsable» dans le Décret), et le ministre intimé n'a pas tort de dire que le projet est une entreprise provinciale qui n'est soumise qu'à la réglementation et qu'aux lignes directrices provinciales. Toutefois, l'article 6 du Décret prévoit expressément que les lignes directrices en question s'appliquent aux propositions pouvant avoir des répercussions environnementales sur une question de compétence fédérale.²⁴

À la page 328, il a mentionné que le ministre avait «participé» au projet dans la mesure où il avait «(délivr[é] le permis prévu par la *Loi sur les ouvrages destinés à l'amélioration des cours d'eau internationaux*)».

Dans l'arrêt *Naskapi-Montagnais Innu Assn. c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, le juge Reed a exprimé l'opinion suivante [à la page 392 C.F.]:

... je ne suis pas d'accord pour dire qu'en raison du fait qu'elle a été implicitement autorisée par le gouverneur en conseil parce qu'elle fait l'objet d'une entente internationale (dont la signature a été approuvée par le gouverneur en conseil), une proposition ne tombe pas sous le coup du Décret. J'estime bien fondée la prétention de l'avocat suivant laquelle il faut examiner les décisions et les mesures que le ministère fédéral compétent doit prendre pour mettre en œuvre le traité qui a été conclu. Ce sont ces décisions et ces activités auxquelles le Décret peut s'appliquer.²⁵

La jurisprudence de la Cour fédérale semble donner aux Lignes directrices une autorité et une efficacité maximales et les interpréter de façon à les adapter à la réalité de la machine administrative et à les rendre applicables à tous les ministères ou ministres «participants», à quelque étape que leur participation ait lieu. J'estime qu'il faut considérer les décisions et les mesures réelles qui ont été prises et qui doivent l'être par les ministères gouvernementaux compétents pour décider quel(s) ministère(s) est(sont) à un certain moment le pouvoir de décision réel relativement à un projet ou une entreprise fédéral(e) et, par conséquent, se trouve(nt) lié(s) par les Lignes directrices.

²³ *Per* Hugessen J.A. at p. 71.

²⁴ [1989] 3 F.C. 309, at pp. 322-323.

²⁵ [1990] 3 F.C. 381 (T.D.).

²³ Le juge Hugessen, J.C.A., à la p. 71.

²⁴ [1989] 3 C.F. 309, aux p. 322 et 323.

²⁵ [1990] 3 C.F. 381 (1^{re} inst.).

Once a distinction is drawn between the effect and purpose of the Act and the means established to achieve such effect and purpose, and between the application and the administration of the Guidelines adopted pursuant to that Act, it becomes possible to conclude that the Order applied in this case to the Department of Transport and constituted a condition precedent to the exercise of the statutory power vested in the Governor in Council by the *National Transportation Act, 1987*.

Exercise of Discretion

It is settled law that the remedy of *certiorari* is discretionary in nature and that where the circumstances warrant, it may be denied to applicants who have otherwise established a legal entitlement to it.²⁶

The Trial Judge having found that the appellants were not entitled to *certiorari*, need not address the issue of denial. I, on the contrary, need to.

The grounds on which a court may refuse to exercise its discretion to issue *certiorari* are well established. They include:

- (1) unreasonable delay on the part of the applicant seeking the remedy;
- (2) the fact that the delay leaves nothing left for the court to prohibit;
- (3) the fact that no useful purpose would be served by granting the remedy; and,
- (4) the fact that to grant the order would be detrimental to good administration.²⁷

In the present instance, the Order in Council was enacted on October 4, 1989 and states on its face that the new passenger train network is to be in place as of January 15, 1990. On the same day as the Order in Council was enacted, the results of the environmental study on the impact of restruc-

²⁶ *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561.

²⁷ See Jones and de Villars, *Principles of Administrative Law* (1985), at pp. 372-375; de Smith's *Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed., at pp. 422-424.

Dès lors qu'une distinction a été établie entre l'effet et l'objet de la Loi et les moyens de les atteindre, et entre l'application et l'administration des Lignes directrices adoptées en vertu de la Loi, il devient possible de conclure que le Décret s'appliquait en l'espèce au ministère des Transports et constituait une condition préalable à l'exercice du pouvoir conféré au gouverneur en conseil par la *Loi de 1987 sur les transports nationaux*.

Exercice du pouvoir discrétionnaire

C'est une règle incontestable que le bref de *certiorari* est de nature discrétionnaire et que lorsque les circonstances le justifient, il peut être refusé aux requérants qui ont par ailleurs établi y avoir droit.²⁶

Le juge de première instance ayant conclu que les appelants n'avaient pas droit de se voir décerner un bref de *certiorari*, il n'avait pas à traiter de la question du refus. Quant à moi, au contraire, je dois le faire.

Les motifs pour lesquels le tribunal peut refuser d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour décerner un bref de *certiorari* sont bien établis. Ils comprennent notamment:

- (1) le retard excessif de la part du requérant qui recherche ce recours;
- (2) le fait qu'en raison de ce retard, le tribunal n'a plus rien à interdire;
- (3) le fait qu'accorder ce recours ne servirait aucune fin utile; et
- (4) le fait qu'accorder le bref serait préjudiciable à la bonne administration.²⁷

En l'espèce, le décret a été pris le 4 octobre 1989 et il y est mentionné que le nouveau réseau de services ferroviaires voyageurs doit être mis en place à compter du 15 janvier 1990. Le jour même où le décret a été pris, les résultats de l'étude environnementale sur les conséquences de la res-

²⁶ Voir *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561.

²⁷ Voir l'ouvrage de Jones et de Villars, *Principles of Administrative Law* (1985), aux p. 372 à 375 et l'ouvrage de de Smith *Judicial Review of Administrative Action*, 4^e éd., aux p. 422 à 424.

turing were announced to the public in a summary form; they were to be published in their totality on October 11, 1989. Prior to October 4, 1989, the Minister of Transport had for several months received representations from a wide range of citizens and organizations, and there is no record that the appellants made any such representations. The House of Commons Standing Committee on Transport held public meetings and submitted its report on November 8, 1989; none of the appellants testified at the public hearings, but Mr. Angus was a member of that Committee and the Federation of Canadian Municipalities may be said to have represented, amongst others, the City of Thunder Bay, although we do not know if these representations concerned environment as well as cuts in services. The Committee requested that the Government table a comprehensive response, but that response never came. It is worth mentioning that the Committee recommended a moratorium on the announced service cuts to VIA Rail. The appellants served the respondents with their application attacking the validity of the Order in Council on January 9, 1990 returnable January 12, 1990.

In their affidavit material, the appellants provided no explanation as to why the application had not been filed in a more timely fashion. The affidavit was signed by only one of the applicants, Mr. Angus; it did not contain the resolution of the City Council of the Corporation of the City of Thunder Bay authorizing the City to participate in the proceedings, so that we do not know what was the specific interest of that City in the proceedings; it referred in passing to the other appellant, Greenpeace Canada, the activities of which I have no judicial knowledge, in these words:

I am informed by John Bennett, an official of Greenpeace Canada, and do verily believe that Greenpeace Canada has also approved participation in these proceedings.²⁸

While they did file their notice of appeal on January 15, 1990, the appellants did not file their application for an expedited hearing of their appeal until February 23, 1990. In an affidavit filed in support of the latter application, one of the appellants recognized that the process of implementing the reduction in the VIA Rail network

structuration ont été rendus publics sous forme de résumé; ils devaient être publiés intégralement le 11 octobre 1989. Avant le 4 octobre 1989, le ministre des Transports avait pendant plusieurs mois reçu les observations d'une grande variété de citoyens et d'organismes, et il n'existe aucune preuve que les appelants aient présenté de telles observations. Le Comité permanent des transports de la Chambre des communes a tenu des séances publiques et il a déposé son rapport le 8 novembre 1989; aucun des appelants n'a témoigné dans le cadre des auditions publiques, mais M. Angus était membre de ce comité et l'on peut dire que la Fédération canadienne des municipalités a représenté, parmi d'autres, la ville de Thunder Bay, bien que nous ne sachions pas si cette représentation visait l'environnement aussi bien que la coupure des services. Le Comité a demandé que le gouvernement dépose une réponse détaillée, mais celle-ci n'est jamais venue. Il y a lieu de mentionner que le Comité a recommandé un moratorium des coupures annoncées des services de VIA Rail. Les appelants ont signifié aux intimés le 9 janvier 1990 la demande par laquelle ils contestaient la validité du décret et qui devait être présentée le 12 janvier 1990.

Dans leur affidavit, les appelants n'expliquaient nullement pourquoi la demande n'avait pas été déposée avec plus de célérité. L'affidavit n'était signé que par un des requérants, M. Angus; il ne contenait pas la résolution du conseil municipal de la ville de Thunder Bay autorisant la ville à participer aux procédures, de sorte que nous ne connaissons pas l'intérêt précis de cette ville dans les procédures; il mentionnait en passant et dans les termes suivants l'autre appelante, Greenpeace Canada, dont les activités n'ont pas été portées à ma connaissance d'office:

[TRADUCTION] M. John Bennett, représentant de Greenpeace Canada, m'a avisé, et je le crois, que Greenpeace Canada a aussi convenu de participer à ces procédures²⁸.

Bien qu'ils aient déposé leur avis d'appel le 15 janvier 1990, les appelants n'ont pas déposé leur demande visant l'audition accélérée de leur appel avant le 23 février 1990. Dans un affidavit déposé à l'appui de la seconde demande, l'un des appelants a reconnu que la mise en œuvre de la réduction du réseau de VIA Rail avait commencé le 15

²⁸ Appeal Book, at p. 5.

²⁸ Dossier d'appel, à la p. 5.

commenced on January 15, 1990 with the elimination of certain services and the lay-off of employees, and that the disposition of equipment and rolling stock would severely impede VIA's ability to operate the discontinued services should the Order in Council be set aside.

In this case, with some regret, I have reached the conclusion that I should exercise my discretion and deny *certiorari* for a series of grounds which, taken individually, might not have led me to that conclusion but which, combined with each other, produce a strong case against the appellants.

The delay, however short and negligible, remains unexplained and while I would not have denied *certiorari* on that sole ground, I find that total failure to explain even through a short affidavit the reasons for the delay forces the Court to speculate as to why applicants waited until the last possible moment to file their proceedings and speculations of that type are not the proper domain of the courts. Applicants who do not bother to explain are courting disaster.

The concerns of the appellants are also mostly unexplained. While I would not require applicants seeking a *certiorari* order to explain in full detail why they are seeking such a remedy, I would at least expect more indications than those found in the affidavit and supporting material. In the case at bar, as previously noted, the appellants are not known to have expressed their concerns when the occasion arose; the appellant City has not filed the resolution of its Council authorizing the proceedings, so that we have no idea as to the grounds of the intervention which was formally authorized only the day preceding its filing in Court; the appellant Greenpeace Canada is only referred to in passing in Mr. Angus' affidavit. I would be forced again, therefore, to speculate about the concerns of the appellants.

More importantly, the evidence filed by the appellants does not show nor intend to show nor suggest even *prima facie* that had the Guidelines

janvier 1990 avec l'élimination de certains services et la mise à pied d'employés, et que l'aliénation de l'équipement et du matériel roulant nuirait considérablement à la capacité de VIA de fournir les services retirés dans l'éventualité de l'annulation du décret.

En l'espèce, et non sans regret, j'ai conclu que je dois exercer le pouvoir discrétionnaire qui est le mien et refuser le bref de *certiorari* pour divers motifs qui, considérés individuellement, auraient pu ne pas me conduire à cette conclusion mais qui, combinés les uns aux autres, militent fortement contre les appelants.

Le retard apporté, si court et négligeable soit-il, reste inexpliqué et bien que je n'aurais pas refusé d'accorder un bref de *certiorari* pour ce seul motif, j'estime que le défaut absolu d'expliquer, même à l'aide d'un bref affidavit, les raisons du retard force la Cour à faire des conjectures sur le motif pour lequel les requérants ont attendu jusqu'à la dernière minute pour déposer leur acte de procédure, et les conjectures de ce genre ne sont pas régulièrement du domaine des tribunaux. Les requérants qui ne se donnent pas la peine de fournir des explications jouent avec le feu.

Les préoccupations des appelants sont aussi pour la plupart inexpliquées. Bien que je ne demanderais pas aux requérants qui cherchent à obtenir un bref de *certiorari* d'expliquer en détail les motifs pour lesquels ils veulent obtenir cette réparation, je m'attendrais tout au moins à de plus amples renseignements que ceux qui figurent dans l'affidavit et ses documents justificatifs. En l'espèce, comme on l'a déjà souligné, il ne semble pas que les appelants aient exprimé leurs préoccupations lorsque l'occasion s'est présentée; la ville appelante n'a pas déposé la résolution de son conseil autorisant les procédures, de sorte que nous n'avons aucune idée des motifs de l'intervention qui n'a été autorisée formellement que la veille de son dépôt auprès de la Cour; l'appelante Greenpeace Canada n'est mentionnée qu'en passant dans l'affidavit de M. Angus. Par conséquent, j'en serais encore réduit aux conjectures à l'égard des préoccupations des appelants.

Plus important encore, les éléments de preuve produits par les appelants ne montrent pas ni n'entendent montrer ni ne laissent entendre même

been complied with, the conclusion of the report tabled in the House of Commons might have been different. The Standing Committee on Transport, of which the appellant Angus was a member, did not even make any reference to the Guidelines in its report criticizing the proposal. There is nothing in the file which points if only *prima facie* to an immediate and direct effect of the proposal on the quality of the environment as opposed, for example, to the proposals considered in the *Oldman River* case and in the *Canadian Wildlife* case. In the *Oldman River* case, my colleague, Mr. Justice Stone, said that [at page 34]:

One need not look far to see that construction and operation of the Oldman River dam and reservoir may have an environmental effect on areas of federal responsibility. At least three such areas would appear to be so affected, namely, fisheries, Indians and Indian lands. In my view, the evidence speaks both loudly and eloquently that these particular areas of federal responsibility might, indeed, be adversely affected by the presence of dam and reservoir.

In this instance, the least I can say is that there is no loud nor eloquent evidence and while I need not and should not pre-judge what the results of an EARP review would be, I am of the view that before granting *certiorari* on the grounds that no such review was made when the conclusion of the review is not even binding on the relevant Minister, I should have before me some evidence to the effect that the results might have been different. As Madame Justice Reed noted in denying orders of *mandamus* and *certiorari* in the *Naskapi-Montagnais* case [at pages 406-407 F.C.]:

If there was clear evidence that the effect on the environment of the on-going and increasing low level flying activity was extensive and damaging, that would be a factor which would lead a court to grant the order sought. But, there was no such clear evidence placed before me. There is a lot of speculative and hypothetical comment set out in some of the material which was filed but no concrete evidence . . . the absence of any clear and unequivocal evidence respecting significant environmental damage is a factor that is relevant in refusing the order sought.

Courts should be reluctant, in exercising discretionary powers in cases where the alleged illegality is the failure to order a review which, whatever its conclusion, would not be binding, to interfere with major public undertakings at the last possible

de prime abord que s'il y avait eu respect des Lignes directrices, les conclusions du rapport déposé à la Chambre des communes auraient pu être différentes. Le Comité permanent des transports, dont l'appellant Angus était membre, n'a même pas mentionné les Lignes directrices dans son rapport critiquant la proposition. Rien au dossier ne laisse croire, ne serait-ce qu'à première vue, à des effets directs et immédiats de la proposition sur la qualité de l'environnement par opposition, par exemple, aux propositions en cause dans les arrêts *Oldman River* et *Fédération canadienne de la faune*. Dans l'arrêt *Oldman River*, mon collègue le juge Stone a dit ce qui suit [à la page 34]:

Point n'est besoin d'un examen approfondi pour constater que la construction et l'exploitation du barrage et du réservoir de la rivière Oldman peuvent avoir des répercussions environnementales sur des questions de compétence fédérale. Au moins trois de ces questions sembleraient être ainsi visées, soit les pêcheries, les Indiens et les terres réservées aux Indiens. À mon sens, la preuve établit avec force et éloquence que la présence d'un barrage et d'un réservoir risque effectivement d'avoir des répercussions néfastes sur ces domaines particuliers de la compétence fédérale.

Le moins que je puisse dire en l'espèce, c'est que la preuve n'est ni forte ni éloquente, et bien que je n'aie pas à prévoir quels seraient les résultats d'un examen conforme aux Lignes directrices, ni ne doive le faire, j'estime qu'avant d'accorder un bref de *certiorari* au motif qu'aucun examen de la sorte n'a eu lieu alors que la conclusion de cet examen ne lie même pas le ministre compétent, je devrais disposer d'éléments de preuve indiquant que les résultats auraient pu être différents. Comme l'a souligné le juge Reed en refusant d'accorder des brefs de *mandamus* et de *certiorari* dans l'affaire *Naskapi-Montagnais* [aux pages 406 et 407 C.F.]:

Si on lui présentait des preuves patentes démontrant que les vols à basse altitude qui sont actuellement effectués avec une intensité croissante ont des incidences importantes et dommageables sur l'environnement, le tribunal serait amené à accorder l'ordonnance demandée. Mais on ne m'a présenté aucune telle preuve patente. Dans les pièces qui ont été produites, on formule beaucoup de commentaires spéculatifs et hypothétiques mais aucune preuve concrète . . . l'absence d'éléments de preuve patents et univoques concernant les dommages importants causés à l'environnement est un facteur dont on peut tenir compte pour refuser de prononcer l'ordonnance demandée.

En exerçant des pouvoirs discrétionnaires dans des affaires où le vice reproché est le défaut d'ordonner un examen qui, nonobstant sa conclusion, n'aurait pas un caractère impératif, les tribunaux devraient être réticents à perturber les activités

moment at the request of applicants who have failed to explain why they have acted so late, who have failed to indicate at least in a general way their concerns or those of the public and who have failed even to suggest that what they are seeking might serve some useful purpose. Courts should not exercise their discretion to grant *certiorari* orders in a vacuum or on mere speculation as to who the applicants are, as to what they want and as to what purpose will be served by the granting of the order.

Using therefore my discretionary powers and without condoning in any way what I consider to be an unlawful precedent by the Governor in Council and by the Minister of Transport, I would in the very special circumstances of this case deny *certiorari* and dismiss the appeal, without costs.

publiques d'envergure au dernier moment possible à la demande de requérants qui n'ont pas expliqué pourquoi ils ont agi aussi tardivement, qui n'ont pas indiqué au moins de façon générale quelles étaient leurs préoccupations ou celles du public et qui n'ont même pas laissé entendre que ce qu'ils recherchent pourrait servir une fin utile. Les tribunaux ne devraient pas exercer leur pouvoir discrétionnaire d'accorder un bref de *certiorari* dans le vide ou sur de simples conjectures quant à l'identité des requérants, quant à ce qu'ils recherchent et quant à la fin que servirait la délivrance du bref.

Par conséquent, dans l'exercice de mes pouvoirs discrétionnaires et sans approuver d'aucune façon ce que je considère être un précédent illégal de la part du gouverneur en conseil et du ministre des Transports, je refuserais, dans les circonstances très particulières de l'espèce, de décerner un bref de *certiorari* et je rejetterais l'appel, sans dépens.

T-1903-87

T-1903-87

Walter Gordon Sweeney (Plaintiff)

v.

Her Majesty the Queen (Defendant)

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

Trial Division, Denault J.—Halifax, February 7; Ottawa, September 6, 1990.

Income tax — Income calculation — Capital gains — Agreement between father and son for purchase of shares in family business, at stipulated price, upon father's death — Termination clause requiring 60 days' notice — Father giving away shares and making will contrary to agreement — After father's death, plaintiff's share purchase tender rejected — Plaintiff's specific performance action settled out of court for \$625,000 — Calculation of adjusted cost base of right to purchase shares — Dispute as to fair market value of right on valuation day — Plaintiff arguing no capital gain — Termination clause integral to agreement — Fair market value to be determined from perspective of third party in bona fide offer — Right without value — Interpretation of "other transactions of any kind whatever" in Income Tax Act, s. 245(2) — Failure to revoke agreement not "benefit" essential to application of s. 245(2) — Right to purchase shares acquired by contract, not gift.

This was an appeal from a reassessment of the plaintiff's 1983 tax return. In 1950 the plaintiff agreed to purchase, for a stipulated sum, his father's shares in the family business upon his death. The agreement provided that the price per share would be reviewable, that the father would not dispose of the shares other than pursuant to the agreement and that if a *bona fide* offer by a third party was considered that the son would have a right of first refusal. It was revocable by either party upon 60 days' notice. On valuation day (December 31, 1971) the father owned 79 of the 100 issued shares, valued at \$1,200,000. The plaintiff was unaware that, contrary to the agreement, his father had given 20 shares to his other children. The father's 1965 will provided that the company should be wound up. The plaintiff argued that such conduct demonstrated that on valuation day, his father considered the agreement void, but that he confirmed the agreement shortly before his death by giving the original to his son for safekeeping. After his father's death in 1983, the plaintiff's tenders to purchase the shares were returned and he commenced an action for specific performance. The litigation was settled out of court and \$625,000 paid in "lieu of damages". The plaintiff did not include this amount in his 1983 tax return. Subsection 26(3) of the *Income Tax Application Rules, 1971* provides that the adjusted cost base is the middle figure of actual cost, fair market value on December 31, 1971, and proceeds of disposition. The issue was the fair market value of the plaintiff's right to purchase his father's shares on valuation day in order to determine the adjusted cost base and capital gain. The plaintiff

Walter Gordon Sweeney (demandeur)

c.

a

Sa Majesté la Reine (défenderesse)RÉPERTORIÉ: SWEENEY c. CANADA (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge Denault—Halifax, 7 février; Ottawa, 6 septembre 1990.

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Gains en capital — Entente entre un père et son fils au sujet de l'achat d'actions d'une entreprise familiale, pour une somme convenue, au moment du décès du père — La clause révocatoire exige un préavis de 60 jours — Le père a donné les actions et a fait un testament en violation de l'entente — Après la mort du père, l'offre d'achat des actions du demandeur a été rejetée — L'action intentée par le demandeur pour obtenir l'exécution de son droit en nature a été réglée hors cour pour la somme de 625 000 \$ — Calcul du prix de base rajusté du droit d'achat des actions — Litige portant sur la juste valeur marchande du droit au jour de l'évaluation — Le demandeur soutient qu'il n'y a pas gain en capital — La clause révocatoire fait partie de l'entente — La juste valeur marchande doit être calculée dans l'optique d'une offre ferme faite par un tiers — Droit sans valeur — Interprétation de l'expression «autres opérations de quelque nature que ce soit» figurant à l'art. 245(2) de la Loi de l'impôt sur le revenu — L'omission de révoquer l'entente ne constitue pas un «avantage» au sens de l'art. 245(2) — Le droit d'acheter les actions a été acquis par contrat, et non par donation.

Il s'agit d'un appel interjeté à la suite de l'établissement d'une nouvelle cotisation se rapportant à la déclaration d'impôt sur le revenu du demandeur pour l'année d'imposition 1983. En 1950, le demandeur avait convenu d'acheter, pour une somme déterminée, les actions que son père détenait dans une entreprise familiale au moment du décès de ce dernier. L'entente prévoyait que le prix unitaire des actions pouvait être modifié, que le père ne céderait pas les actions autrement que conformément à l'entente et que si un tiers faisait une offre ferme, le fils aurait un droit de premier refus. La convention était révocable par l'une des parties sur présentation d'un avis de 60 jours. Au jour de l'évaluation (soit le 31 décembre 1971), le père possédait 79 des 100 actions émises, d'une valeur de 1 200 000 \$. Le demandeur ne savait pas qu'en contravention de l'entente, son père avait donné 20 actions à ses autres enfants. Le testament rédigé par le père en 1965 prévoyait que l'entreprise devait être liquidée. Le demandeur soutient qu'un tel comportement montrait qu'au jour de l'évaluation, son père considérait que l'entente était nulle, mais qu'il avait confirmé celle-ci peu de temps avant sa mort en lui remettant l'original pour qu'il le conserve en lieu sûr. Après le décès de son père en 1983, les soumissions du demandeur lui ont été renvoyées et il a intenté une action pour obtenir l'exécution en nature de son droit. L'affaire a été réglée hors cour et la somme de 625 000 \$ a été payée pour tenir lieu de dommages-intérêts. Le demandeur n'a pas inclus ce montant dans sa déclaration d'impôt de 1983. Le paragraphe 26(3) des *Règles de 1971 concernant l'application de l'impôt sur le revenu* prévoit que le prix de base rajusté est

argued that the fair market value on valuation day was more than the proceeds of disposition, resulting in no capital gain. The Crown argued that the fair market value on valuation day was nil, and that half of the proceeds of disposition was capital gain.

Held, the appeal should be dismissed.

Plaintiff's submission, that the agreement should be appraised as if it did not contain a termination clause, could not be accepted. The clause was part and parcel of the agreement. Even if the father erroneously believed that the agreement was void on December 31, 1971, and there was therefore no likelihood that he would invoke the termination clause, it merely remained there unused, if only because he may have preferred to construe the agreement to be valid at a later date. In view of the numerous limitations in the agreement, the fair market value of the plaintiff's right had to be determined from the perspective of a third party in a *bona fide* offer and these limitations rendered the right without value.

As to the argument that the father's forbearance from terminating the agreement constituted a "transaction" within *Income Tax Act*, subsection 245(2) so that the fair market value of the right according to paragraph 69(1)(c) is to be determined when the transaction was completed (59 days before his death when the termination clause ceased to have effect), subsection 245(2) requires that there in fact be a benefit to the taxpayer. The failure to revoke the agreement did not confer a benefit on the plaintiff. There was no "transaction", in the sense of any act having operative effect in relation to a business or property, 59 days prior to the father's death.

Nor was there merit in the argument that the plaintiff had received a gift of the increased value of the right when his father told him to put the agreement in a safe place shortly before he died. From the father's previous actions in regard to the agreement, it could not be implied that the father was indicating that he would not amend or terminate the agreement. He did not transfer anything to his son. At most he confirmed the agreement.

There was no "gift" or "inheritance" within *Income Tax Act*, paragraph 69(1)(c) at the time of the father's death, due to the certainty that the agreement could no longer be revoked or changed. A right to purchase shares, acquired by contract under seal and for mutual consideration cannot be interpreted as a gift. The essence of a gift is the intentional, voluntary and gratuitous transfer of property. There was no element of gratuitousness in the agreement or will.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 69(1)(c), j
245(2).

Income Tax Application Rules, 1971, S.C. 1970-71-72,

le montant qui n'est pas le plus élevé ni le moins élevé du coût réel du bien, de sa juste valeur marchande au 31 décembre 1971 et du produit de disposition. Le litige porte sur la juste valeur marchande du droit que le demandeur avait d'acheter les actions de son père au jour de l'évaluation en vue

a de déterminer le prix de base rajusté et le gain en capital. Le demandeur soutient que la juste valeur marchande au jour de l'évaluation était supérieure au produit de disposition, de sorte qu'il n'y a pas eu de gain en capital. La Couronne soutient que la juste valeur marchande au jour de l'évaluation était nulle et que la moitié du produit de disposition est un gain en capital.

b *Jugement*: l'appel devrait être rejeté.

L'argument du demandeur, à savoir que l'entente devrait être interprétée comme si elle ne contenait aucune clause révocatoire, ne peut pas être retenu. La clause fait partie de la convention. Même si le père croyait à tort que l'entente était nulle au 31 décembre 1971, et qu'il était peu probable qu'il invoque la clause révocatoire, celle-ci est simplement demeurée inutilisée, ne serait-ce que parce qu'il aurait peut-être préféré considérer l'entente comme valide à une date ultérieure. Compte tenu des nombreuses restrictions contenues dans l'entente, il faut établir la juste valeur marchande du droit du

d demandeur dans l'optique d'une offre ferme faite par un tiers et ces restrictions enlèvent toute valeur à son droit.

En ce qui concerne l'argument selon lequel le fait que le père s'est abstenu de révoquer l'entente constitue une «opération» au sens du paragraphe 245(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, de sorte que la juste valeur marchande du droit doit, selon

e l'alinéa 69(1)c), être établie au moment où l'opération a été effectuée (c'est-à-dire 59 jours avant le décès du père, moment où la clause révocatoire est devenue inopérante), le paragraphe 245(2) exige que le contribuable tire réellement un avantage. L'omission de révoquer l'entente ne confère pas un avantage au contribuable. Il n'y a pas d'opération, au sens d'un

f acte quel qu'il soit, ayant un effet véritable relativement à une entreprise ou à un bien, 59 jours avant le décès du père.

L'argument selon lequel le demandeur a reçu une donation de la valeur accrue du droit lorsque son père lui a dit, peu de temps avant son décès, de conserver l'entente en lieu sûr est lui aussi non fondé. Compte tenu des agissements antérieurs du

g père à l'égard de l'entente, on ne peut en déduire que le père manifestait son intention de ne pas modifier ou révoquer l'entente. Il n'a rien transféré à son fils. Il a tout au plus confirmé l'entente.

Il n'y a pas eu de «donation» ou de «succession» au sens de

h l'alinéa 69(1)c) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, au moment où le père est décédé, étant donné que l'entente ne pouvait plus être révoquée ou modifiée. Le droit d'acheter des actions, prévu dans un contrat signé et pour des contreparties mutuelles, ne peut pas être considéré comme une donation. Par définition, la donation est un transfert de bien intentionnel, volontaire et à

i titre gratuit. Il n'y a rien de gratuit dans l'entente ou dans le testament.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 69(1)c), 245(2).

Règles de 1971 concernant l'application de l'impôt sur le

c. 63, Part III, s. 26(3) (as am. by S.C. 1973-74, c. 14, s. 75).

revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, Partie III, art. 26(3) (mod. par S.C. 1973-74, chap. 14, art. 75).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Minister of National Revenue v. Dufresne, Didace, [1967] 2 Ex.C.R. 128; [1967] C.T.C. 153; (1967), 67 DTC 5105; *Boardman (B.M.) et al. v. The Queen*, [1986] 1 C.T.C. 103; (1985), 85 DTC 5628 (F.C.T.D.).

DISTINGUISHED:

Goodwin Johnson (1960) Ltd v The Queen, [1983] CTC 389; (1983), 83 DTC 5417 (F.C.T.D.).

CONSIDERED:

Armstrong's Estate v. C. I. R., 146 F. 2d 457 (7th Cir. 1944).

REFERRED TO:

Minister of National Revenue v. Granite Bay Timber Co. Ltd., [1958] Ex.C.R. 179; [1958] C.T.C. 117; (1958), 58 DTC 1066.

COUNSEL:

M. Jill Hamilton for plaintiff.
Bonnie F. Moon for defendant.

SOLICITORS:

Daley, Black & Moreira, Halifax, 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 by the plaintiff, Walter G. Sweeney, from a reassessment by the Minister of National Revenue with respect to the plaintiff's 1983 tax return by which a taxable capital gain of \$312,500 was added to the plaintiff's income. The sole issue for determination in this dispute is the proper calculation of the adjusted cost base of the plaintiff's right to purchase his father's shares in Lawrence Sweeney Fisheries Ltd., pursuant to an agreement of December 18, 1950.

Pursuant to subsection 26(3) of the *Income Tax Application Rules, 1971* [S.C. 1970-71-72, c. 63,

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Minister of National Revenue v. Dufresne, Didace, [1967] 2 R.C.É. 128; [1967] C.T.C. 153; (1967), 67 DTC 5105; *Boardman (B.M.) et autre c. La Reine*, [1986] 1 C.T.C. 103; (1985), 85 DTC 5628 (C.F. 1^{re} inst.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Goodwin Johnson (1960) Ltd c La Reine, [1983] CTC 389; (1983), 83 DTC 5417 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISION EXAMINÉE:

Armstrong's Estate v. C. I. R., 146 F. 2d 457 (7th Cir. 1944).

DÉCISION CITÉE:

Minister of National Revenue v. Granite Bay Timber Co. Ltd., [1958] R.C.É. 179; [1958] C.T.C. 117; (1958), 58 DTC 1066.

AVOCATS:

M. Jill Hamilton pour le demandeur.
Bonnie F. Moon pour la défenderesse.

PROCUREURS:

Daley, Black & Moreira, Halifax, pour le demandeur.
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 formé par le demandeur, Walter G. Sweeney, contre une nouvelle cotisation établie par le ministre du Revenu national à l'égard de la déclaration d'impôt sur le revenu du demandeur pour l'année d'imposition 1983, qui a ajouté un gain en capital imposable de 312 500 \$ au revenu du demandeur. La seule question en litige est la détermination du prix de base rajusté du droit du demandeur d'acheter les actions que détenait son père dans la firme Lawrence Sweeney Fisheries Ltd., prévu dans une entente conclue le 18 décembre 1950.

Conformément au paragraphe 26(3) des *Règles de 1971 concernant l'application de l'impôt sur le*

Part III, as am. by S.C. 1973-74, c. 14, s. 75], the adjusted cost base would be the middle figure of cost, fair market value as at December 31, 1971, and proceeds of disposition. If two of these figures are the same, the adjusted cost base will be that figure. Both parties are in substantial agreement as to the cost and the proceeds of disposition, they disagree however as to the fair market value of the plaintiff's right as of December 31, 1971 (valuation day). The plaintiff submits that the fair market value at valuation day is in excess of the amount obtained from the proceeds of disposition, and that as a result no capital gain resulted and no tax is owing. The Minister submits that the fair market value of the plaintiff's right at valuation day was nil, and that consequently half of the entire proceeds of disposition is a taxable capital gain.

THE FACTS

The plaintiff returned from his studies in 1948 to enter his father's business. On December 18, 1950 Walter Lawrence Sweeney submitted to his son Gordon an agreement whereby the son could purchase the father's shares in his company, for a stipulated sum upon the father's death. The price agreed upon was \$1,327.13 per share. The agreement provided that the son would contribute towards a life insurance policy for the father, the proceeds of which would be used to purchase the shares; it also provided that the price per share would be reviewable, that the father would not dispose of the shares other than pursuant to the agreement and that if a *bona fide* offer by a third party was considered that the son would have a right of first refusal. The agreement provided furthermore that it could be revoked by either party upon 60 days' notice.

On December 31, 1971, the father was 67 years old, in good health and active in the business. At that time he owned 79 of the 100 shares issued by the company. 20 shares had been given over the past eight years to his three other children without the plaintiff's knowledge, and contrary to the agreement. Moreover the father's will, which was drawn up in 1965, provided that his trustees should continue his interests in Lawrence Sweeney Fisheries Ltd., and then wind up the company. The

revenu [S.C. 1970-71-72, chap. 63, Partie III, mod. par S.C. 1973-74, chap. 14, art. 75], le prix de base rajusté serait le montant qui n'est pas le plus élevé ni le moins élevé du coût du bien, de sa juste valeur marchande au 31 décembre 1971 et du produit de disposition. Si deux de ces montants sont identiques, le prix de base rajusté est réputé être ce montant. Les deux parties sont d'accord sur le coût et le produit de disposition, mais elles ne s'entendent pas sur la juste valeur marchande du droit du demandeur au 31 décembre 1971 (jour de l'évaluation). Le demandeur soutient que la juste valeur marchande au jour de l'évaluation était supérieure au montant provenant du produit de disposition, de sorte qu'il n'y a pas eu de gain en capital et qu'il n'y a pas d'impôt à payer. Le ministre prétend que la juste valeur marchande du droit du demandeur au jour de l'évaluation était nulle et, partant, que la moitié du produit de disposition est un gain en capital imposable.

LES FAITS

Le demandeur a terminé ses études en 1948 et a commencé à travailler dans l'entreprise de son père. Le 18 décembre 1950, Walter Lawrence Sweeney a présenté à son fils Gordon une entente aux termes de laquelle le fils pourrait acheter, pour une somme convenue, les actions que le père détenait dans l'entreprise à la mort de ce dernier. Le prix convenu s'élevait à 1 327,13 \$ l'action. L'entente prévoyait que le fils participerait au paiement d'une police d'assurance-vie au nom du père, dont l'indemnité servirait à acheter les actions; elle prévoyait aussi que le prix unitaire des actions serait modifiable, que le père ne céderait pas les actions autrement qu'en conformité avec l'entente et que si un tiers faisait une offre ferme, le fils aurait un droit de premier refus. L'entente prévoyait finalement que l'une des parties pourrait la révoquer sur présentation d'un avis de 60 jours.

Le 31 décembre 1971, le père, qui était alors âgé de 67 ans, était en bonne santé et participait activement à l'exploitation de l'entreprise. Il possédait alors 79 des 100 actions de la compagnie. Il avait en effet donné 20 actions à ses trois autres enfants au cours des huit années précédentes sans que le demandeur en soit informé et en contravention de l'entente. Il avait aussi fait, en 1965, un testament dans lequel il précisait qu'à sa mort, ses fiduciaires devraient poursuivre sa participation

plaintiff had no knowledge of the existence of this will. The fair market value of the father's remaining shares on valuation day was \$1,200,000.

When the father died on January 20, 1983, he had been ill for merely a week prior to his death. Shortly before his death he had assured his son of the continued validity of their agreement. After his father's death the son obtained the proceeds of the life insurance policy, and tendered to purchase the father's 79 shares in the company for \$104,843 (\$1,327.13 x 79). The tenders were returned by his brother and sisters, and he launched an action before the Supreme Court of Nova Scotia for specific performance of his right of purchase. After three days of hearing the case was settled out of court and the plaintiff was paid \$625,000 in "lieu of damages". It is agreed by the parties that this amount represents the proceeds of disposition of the plaintiff's right. No portion of that capital receipt was included in the plaintiff's 1983 tax return.

PLAINTIFF'S ARGUMENT

The plaintiff has put forward four distinct arguments in support of his position. The principal argument advanced by the plaintiff is that in determining the fair market value of the plaintiff's right at valuation day the agreement setting forth his rights should be evaluated as though it contained no revocation clause. It is on this basis that the plaintiff's expert estimated the valuation day fair market value of the plaintiff's right to be between \$821,000 to \$876,000.

The plaintiff sought to establish that from the mid-1960s up until and including valuation day, the father no longer considered the 1950 agreement to be valid. In support of this contention it was pointed out that from 1957 until 1978, the plaintiff was not involved in the functioning of the company and that when he left in 1957 he stopped paying the yearly premiums on the life insurance policy as stipulated in the contract. Except for a few occasions his father took over that responsibility. Moreover in making gifts of his shares to his other son and to his daughters in the mid-1960s the father breached clause 5 of the agreement, and

dans la compagnie, puis liquider celle-ci. Le demandeur ignorait tout de l'existence de ce testament. La juste valeur marchande des actions du père au jour de l'évaluation était de 1 200 000 \$.

^a Lorsque le père est décédé le 20 janvier 1983, il avait été malade pendant à peine une semaine. Peu de temps avant sa mort, il a affirmé à son fils que l'entente était toujours valable. Après la mort de son père, le fils a touché l'indemnité de la police d'assurance-vie et a offert d'acheter les 79 actions que le père détenait dans la compagnie pour la somme de 104 843 \$ (1 327,13 \$ x 79). Son frère et ses sœurs lui ont renvoyé les soumissions, et il a intenté une poursuite devant la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse pour obtenir l'exécution en nature de son droit d'achat. Après trois jours d'audience, l'affaire a été réglée hors cour et le demandeur a reçu 625 000 \$ à titre de dommages-intérêts. Les deux parties conviennent que cette somme représente le produit de disposition du droit du demandeur. Aucune portion de cette rentrée de capital n'a été incluse dans la déclaration d'impôt sur le revenu du demandeur pour l'année d'imposition 1983.

PRÉTENTIONS DU DEMANDEUR

^f Le demandeur a fait reposer sa position sur quatre arguments distincts. Il a fait valoir comme argument principal que pour établir la juste valeur marchande de son droit au jour de l'évaluation, il fallait faire comme si l'entente énonçant ses droits ne contenait aucune clause révocatoire. C'est sur cette base que l'expert du demandeur a établi que la juste valeur marchande du droit du demandeur au jour de l'évaluation variait entre 821 000 \$ et 876 000 \$.

^h Le demandeur a tenté de prouver qu'à partir du milieu des années 60 jusqu'au jour de l'évaluation, le père avait cessé de considérer que l'entente conclue en 1950 était valide. Pour appuyer ses dires, il a fait remarquer que de 1957 à 1978, le demandeur n'a pas participé à l'exploitation de la compagnie et qu'à son départ en 1957, il a cessé de payer les primes annuelles de la police d'assurance-vie, comme le prévoyait le contrat. Sauf à quelques occasions, son père s'en est chargé. De plus, en donnant des actions à son autre fils et à ses filles vers le milieu des années 60, le père a enfreint la clause 5 de l'entente, et le testament

his will of 1965 also seems to indicate his belief that the agreement was no longer of value. Finally two memos written by the father, one in April 1967, and one in January 1970, indicate that he was then of the opinion that the agreement was no longer valid.

The Crown objected to the filing of both these memos and of two other letters, as they were unsigned. However the plaintiff established that the memos had been drafted in reply to letters from Walter P. Wakefield, the father's solicitor. It appears from handwritten comments on the memos, from the father's peculiar drafting style, and from the uncontradicted evidence that he constantly wrote memos to himself, that Walter Lawrence Sweeney was the author of these documents and that they should be accepted and filed in Court as such. They therefore also contribute to the submission that the father considered the agreement to be void at the time of valuation day.

However in spite of his belief that the agreement was null and void, it was never revoked or even altered in any way by the parties. In fact the father never even indicated to his son that he privately believed the agreement to be invalid. The father and son worked very closely and enjoyed good relations, even during the time the son moved away to Yarmouth to look after another family business. In 1978 the son returned to help his father in the running of Lawrence Sweeney Fisheries Ltd. In late 1982 the plaintiff was told by an intimate friend of his brother's that he was in for a big surprise when his father died. This prompted the plaintiff to ask his father whether the 1950 agreement was still valid and his father replied: "Certainly!" A few days before Christmas, and just four weeks before his death the father handed the original agreement over to his son and told him: "Keep this in a safe place."

In essence the plaintiff is submitting that, while the father may have later confirmed the validity of the 1950 agreement, at the material time, December 31, 1971, it is submitted that the father considered the agreement to be void. As the father thought the agreement was void, there was virtually no likelihood that the revocation clause would

qu'il a fait en 1965 semble également indiquer qu'il croyait que l'entente n'avait plus aucune valeur. Finalement, deux notes écrites par le père, l'une en avril 1967 et l'autre en janvier 1970, révèlent qu'il était alors d'avis que l'entente n'avait plus aucune valeur.

La Couronne s'est opposée au dépôt de ces deux notes et de deux autres lettres, parce qu'elles n'étaient pas signées. Toutefois, le demandeur a fait la preuve que les notes avaient été rédigées en réponse à des lettres de l'avocat du père, Walter P. Wakefield. Vu les observations manuscrites qui figurent sur les notes, le style de rédaction particulier du père et la preuve non contredite voulant qu'il s'écrivît constamment des notes, il semble que Walter Lawrence Sweeney soit effectivement l'auteur de ces documents et que ceux-ci doivent être acceptés et déposés en preuve comme tels. Par conséquent, ils étayaient aussi l'argument selon lequel le père considérait que l'entente était nulle au jour de l'évaluation.

Quoi qu'il en soit, même si le père croyait que l'entente était nulle, celle-ci n'a jamais été annulée, ni même modifiée d'une quelconque façon par les parties. En fait, le père n'a même jamais fait savoir à son fils qu'il croyait secrètement que l'entente était nulle. Le père et le fils étaient de proches collaborateurs et entretenaient de bonnes relations, même durant la période où le fils s'est installé à Yarmouth pour s'occuper d'une autre entreprise familiale. En 1978, le fils est revenu aider son père à administrer la compagnie Lawrence Sweeney Fisheries Ltd. Vers la fin de 1982, le demandeur a appris d'un ami intime de son frère qu'il aurait une grosse surprise lorsque son père mourrait. Cette remarque a poussé le demandeur à demander à son père si l'entente conclue en 1950 était encore valable, ce à quoi son père a répondu: «Certainement!» Quelques jours avant Noël, et à peine quatre semaines avant sa mort, le père a remis l'original de l'entente à son fils et lui a dit: «Garde-la en lieu sûr».

En résumé, le demandeur prétend que, bien que le père puisse avoir confirmé par la suite la validité de l'entente conclue en 1950, il la tenait pour nulle à l'époque pertinente, soit le 31 décembre 1971. Comme le père était d'avis que l'entente n'avait plus aucune valeur, il est très peu probable que la clause révocatoire aurait été invoquée à ce

have been invoked at that time. The plaintiff submits that given that fact, it is appropriate to read the agreement as if the revocation clause did not exist. The plaintiff relied on the case of *Goodwin Johnson (1960) Ltd v The Queen*, [1983] CTC 389 (F.C.T.D.) for the proposition that the Court should look beyond the specific words of a contract to its surrounding circumstances, to determine the contract's effect, and that it was indeed permissible to find that no termination clause did exist even in a case where it was expressly stipulated in the contract.

Three alternative arguments were also presented by the plaintiff. The first alternative argument starts from the assumption that the termination clause ceased to have effect at least 59 days prior to the father's death, since by its own terms it required a 60-day notice period. Thus from 59 days before his death onward any revocation by the father would have been invalid. On that basis it is submitted that from the beginning of that 59-day period the value of the plaintiff's rights increased considerably by virtue of the fact that the agreement could no longer be revoked. The plaintiff's expert presented uncontested evidence that the value of the 1950 agreement, 59 days prior to the father's death, was close to the value of the shares themselves, that is it was worth between \$8,200,000 and \$8,700,000.

The plaintiff submitted that the agreement allowed the father to pass on one of the family businesses to his eldest son. It remained in effect, unaltered, for 33 years. The plaintiff had suggested to his father over the years that the agreement be reviewed but the father declined. The father confirmed the validity of the agreement just months prior to his death. The plaintiff submits that all these events, perfected by the father's forbearance from terminating the agreement when he was legally able to do so, constitute a "transaction" within the meaning of subsection 245(2) [*Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63], in which case the fair market value of the right, according to paragraph 69(1)(c) of the Act, is to be determined not at valuation day but at the time the transaction was completed, namely 59 days prior to death.

moment. Le demandeur soutient que pour cette raison, il faut lire l'entente comme si la clause révocatoire n'existait pas. Le demandeur s'est fondé sur l'arrêt *Goodwin Johnson (1960) Ltd c La Reine*, [1983] CTC 389 (C.F. 1^{re} inst.) pour affirmer que la Cour ne devrait pas s'en tenir uniquement au libellé d'un contrat mais devrait aussi tenir compte du contexte pour évaluer l'incidence du contrat, et qu'il était même permis de conclure à l'inexistence d'une clause révocatoire même lorsqu'elle était expressément prévue au contrat.

Le demandeur a également fait valoir trois arguments subsidiaires. Le premier argument repose sur le postulat que la clause révocatoire est devenue inopérante au moins 59 jours avant la mort du père puisque, telle qu'elle était libellée, elle exigeait une période de notification de 60 jours. Par conséquent, à partir du 59^e jour précédant la mort du père, la révocation de l'entente par ce dernier aurait été nulle. Le demandeur soutient donc que dès le début de cette période de 59 jours, la valeur des droits du demandeur a considérablement augmenté parce que l'entente ne pouvait plus être révoquée. L'expert du demandeur a présenté une preuve non contredite selon laquelle la valeur de l'entente de 1950, 59 jours avant la mort du père, se rapprochait de la valeur des actions, ce qui veut dire qu'elle variait entre 8 200 000 \$ et 8 700 000 \$.

Le demandeur a fait valoir que l'entente autorisait le père à transmettre l'une des entreprises familiales à son fils aîné. Cette entente est demeurée en vigueur, sans avoir subi aucun changement, pendant 33 ans. Le demandeur avait proposé à son père, au fil des ans, de modifier l'entente, mais le père a refusé. Ce dernier a confirmé la validité de l'entente quelques mois à peine avant sa mort. Le demandeur soutient que tous ces événements, liés au fait que le père se soit abstenu de révoquer l'entente au moment où il était juridiquement en mesure de le faire, constituent une «opération» au sens du paragraphe 245(2) [*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, chap. 63], auquel cas la juste valeur marchande du droit doit, selon l'alinéa 69(1)c) de la Loi, être établie non pas au jour de l'évaluation, mais au moment où l'opération a été faite, c'est-à-dire 59 jours avant le décès du père.

Counsel for the plaintiff stressed that the words “other transactions of any kind whatever” have been given a very broad interpretation by the Court, and one that should include the circumstances of this case (*Minister of National Revenue v. Granite Bay Timber Co. Ltd.*, [1958] Ex.C.R. 179; *Minister of National Revenue v. Dufresne, Didace*, [1967] 2 Ex.C.R. 128; and *Boardman (B.M.) et al. v. The Queen*, [1986] 1 C.T.C. 103 (F.C.T.D.)). If the offer of the right to buy the shares can be viewed as a transaction perfected at the time the agreement became irrevocable, then the fair market value, assessed as of that time would be over \$8,000,000, a figure well in excess of the proceeds of disposition and the plaintiff would have no capital gain to declare.

The second alternative argument is that at the time the plaintiff's father delivered to him the agreement with instructions to keep it in a safe place, he was in effect making a gift to the plaintiff of the sizeable increase in value of the agreement due to the fact that the agreement had been handed over to the son for his safe-keeping with the intimation that no changes or revocation would follow. It was submitted that this benefit constituted either a “transaction” within the meaning of subsection 245(2) or a “gift” which again, according to paragraph 69(1)(c) of the Act, would cause the fair market value to be calculated at the time of death when the right to purchase was at its most valuable which would again result in no capital gain for the plaintiff.

The final alternative argument is that a “gift” or “inheritance” occurred within the meaning of paragraph 69(1)(c), at the time of the father's death due to the certainty that no revocation or changes would be made, and that the agreement remained in force. The plaintiff cited the American case *Armstrong's Estate v. C. I. R.* (146 F. 2d 457 (7th Cir. 1944)), for the proposition that such words ought to be interpreted in a broad manner, so that substance may rule over form. In that case it was held that benefits which were derived from a contract entered into during the taxpayer's lifetime, were in substance benefits in the nature of legacies, and should be recognized as such.

L'avocat du demandeur a fait remarquer que la Cour a interprété de façon assez libérale les mots «autres opérations de quelque nature que ce soit» et qu'il fallait prendre en considération les circonstances de l'espèce (*Minister of National Revenue v. Granite Bay Timber Co. Ltd.*, [1958] R.C.É. 179; *Minister of National Revenue v. Dufresne, Didace*, [1967] 2 R.C.É. 128; et *Boardman (B.M.) et autre c. La Reine*, [1986] 1 C.T.C. 103 (C.F. 1^{re} inst.)). Si l'offre du droit d'acheter les actions peut être considérée comme une opération effectuée au moment où l'entente est devenue irrévocable, alors la juste valeur marchande, établie à cette date, dépasserait 8 000 000 \$, chiffre nettement plus élevé que le produit de disposition, et le demandeur n'aurait aucun gain en capital à déclarer.

Le deuxième argument subsidiaire est qu'au moment où le père du demandeur a remis l'entente au demandeur en lui disant de la conserver en lieu sûr, il a, en réalité, fait don au demandeur de l'accroissement considérable de valeur de l'entente puisqu'il a remis celle-ci au fils pour qu'il la garde en lieu sûr, en l'informant qu'elle ne subirait aucune modification et qu'elle ne serait pas révoquée. Le demandeur a soutenu que cet avantage constituait soit une «opération» au sens du paragraphe 245(2), soit une «donation» ce qui, encore une fois, selon l'alinéa 69(1)c) de la Loi, ferait en sorte que la juste valeur marchande serait calculée au moment du décès, moment où la valeur du droit d'achat était la plus élevée, n'entraînant ainsi aucun gain en capital pour le demandeur.

Le dernier argument subsidiaire est qu'il y a eu «donation» ou «succession» au sens de l'alinéa 69(1)c) au moment où le père est décédé, vu qu'il était certain que l'entente ne serait ni modifiée ni révoquée, et qu'elle est demeurée en vigueur. Le demandeur s'est fondé sur l'arrêt américain *Armstrong's Estate v. C. I. R.* (146 F. 2d 457 (7th Cir. 1944)) pour dire que ces mots devaient être interprétés libéralement, de sorte que le fond puisse primer la forme. Dans cette affaire, on a statué que les avantages découlant d'un contrat conclu durant la vie du contribuable étaient, dans le fond, des avantages assimilables à un legs, et qu'ils devaient être reconnus comme tels.

DEFENDANT'S ARGUMENT

The defence consisted entirely of a rebuttal of the plaintiff's arguments. As for the first argument the defendant's expert maintained that a mathematical approach, estimating the impact of each individual limitation on the plaintiff's right at valuation day, was inappropriate. He claimed that the fair market value of the plaintiff's right to purchase the shares upon his father's death had to be determined, as any other property, from the perspective of a third party in a *bona fide* offer. In light of the numerous limitations on the plaintiff's right of purchase the Crown's expert claimed that the fair market value of the right was nil. Among the limits mentioned by the expert in his opinion were: (1) the fact that the father could raise the purchase price at any time and if it were not accepted by the plaintiff or a third party purchaser, the father could terminate the agreement; (2) the fact that should a *bona fide* offer from a third party be made the plaintiff, or any other notional purchaser, would only have 30 days under the agreement to exercise his right of first refusal—not by paying the stated price in the agreement, but by matching the *bona fide* offer; (3) the father could revoke the agreement for any reason with 60 days' notice; and (4) there was nothing to prevent the father from decreasing the value of the company, either through mismanagement or otherwise. The expert insisted first on the termination clause on a 60-day notice being the most negative one, and second on the possibility by the father to change the purchase price.

The Crown also submitted that the fact that the father thought the agreement to be invalid actually strengthened its submission that the right to purchase had no value at valuation day since the informed, prudent party making a *bona fide* offer would have sought to have the father confirm the agreement's continued existence. All these factors, along with the likelihood of litigation concerning the legal validity of the right, would have, in the Crown expert's opinion, rendered the right without value.

PRÉTENTIONS DE LA DÉFENDERESSE

La défense a consisté exclusivement à réfuter les arguments du demandeur. En ce qui concerne le premier argument, l'expert de la défenderesse a soutenu qu'il était incorrect d'employer une approche mathématique, consistant à évaluer l'incidence de chacune des restrictions frappant le droit du demandeur au jour de l'évaluation. Il a prétendu que la juste valeur marchande du droit du demandeur d'acheter les actions au moment du décès de son père devait être calculée, comme pour tout autre bien, dans l'optique d'une offre ferme faite par un tiers. Compte tenu des nombreuses restrictions qui s'appliquaient au droit d'achat du demandeur, l'expert de la Couronne a prétendu que la juste valeur marchande du droit était nulle. Parmi les restrictions dont l'expert a fait état dans son témoignage, il y avait (1) le fait que le père pouvait augmenter le prix d'achat à tout moment et, si ce prix n'était accepté ni par le demandeur ni par un tiers acheteur, il pouvait mettre fin à l'entente; (2) le fait que si un tiers faisait une offre ferme, le demandeur, ou tout autre acheteur théorique, n'aurait disposé que de 30 jours aux termes de l'entente pour exercer son droit de premier refus—non pas en versant le prix mentionné dans l'entente, mais en faisant une offre équivalente à l'offre ferme; (3) le fait que le père pouvait révoquer l'entente pour quelque raison que ce soit en donnant un avis de 60 jours; et (4) le fait que rien n'empêchait le père de réduire la valeur de la compagnie, en la gérant mal ou autrement. L'expert a indiqué que la clause permettant de révoquer l'entente moyennant l'envoi d'un avis de 60 jours était la plus défavorable au demandeur, suivie de la faculté qu'avait le père de modifier le prix d'achat.

La Couronne a également soutenu que le fait que le père pensait que l'entente était nulle renforçait en réalité sa prétention que le droit d'achat ne valait rien au jour de l'évaluation puisque la partie prudente et bien renseignée qui aurait fait une offre ferme aurait demandé au père de confirmer l'existence de l'entente. De l'avis de l'expert de la Couronne, tous ces facteurs, ainsi que la vraisemblance d'une poursuite au sujet de la valeur juridique du droit, auraient enlevé toute valeur au droit.

As for the plaintiff's alternative arguments the Crown responded that no "transaction" within the meaning of subsection 245(2) can be deemed to occur if no benefit accrues to the taxpayer. In this case the Crown submitted that no benefit occurred; the plaintiff merely offered to purchase shares for less than their market value, but his offer was refused. The Crown submitted that the plaintiff's father had not directly or indirectly disposed of any shares or even of a right to purchase shares, and that as no property was transferred there can be no deemed disposition, by way of gift or otherwise.

Finally the Crown submitted that the father's will belies any intention to impart any benefit on the plaintiff by way of gift or inheritance, and that the agreement itself demonstrates that there was a contract, based on mutual consideration, which also belies the suggestion of a gift having been made.

For these reasons the Crown concluded that the cost of the agreement was nil, that the fair market value at valuation day was nil, and that the adjusted cost base pursuant to subsection 26(3) of the *Income Tax Application Rules, 1971* was therefore also nil.

DECISION

I cannot accept the plaintiff's main submission that the 1950 agreement should be appraised at valuation day, as though it did not contain a termination clause. In *Goodwin Johnson (1960) Ltd, supra*, the case relied on by the plaintiff for this submission, the defendant therein had submitted that the timber sales contract between the parties could not be transferred or assigned from the plaintiff to anyone else. Those submissions however were not based on the terms of the contract itself, but merely on statements in correspondence from the provincial Forestry Service. However, the Court found, as a matter of fact, that the contract could have been assigned by way of a power of attorney, to any other reputable operator. There is also some indication in the decision that this matter was not strenuously contested. I see therefore little relevance between that case and the present one. Here the termination clause is part and parcel of the agreement itself.

En ce qui concerne les arguments subsidiaires du demandeur, la Couronne a répondu qu'aucune «opération» au sens du paragraphe 245(2) n'est réputée avoir lieu lorsque le contribuable n'en tire aucun avantage. En l'espèce, la Couronne a soutenu qu'il n'y a pas eu d'avantage; le demandeur a simplement offert d'acheter les actions pour une somme inférieure à leur juste valeur marchande, mais son offre a été rejetée. Selon la Couronne, le père du demandeur n'a ni directement ni indirectement cédé les actions ni même le droit d'acheter ces actions, et puisqu'il n'y a eu aucun transfert de bien, il ne pouvait y avoir de disposition réputée, que ce soit par donation ou autrement.

En dernier lieu, la Couronne a soutenu que le testament du père vient nier toute intention de conférer un avantage au demandeur, que ce soit par donation ou par succession, et que l'entente elle-même confirme la signature d'un contrat fondé sur des contreparties mutuelles, ce qui infirme aussi l'hypothèse d'une donation.

Pour ces motifs, la Couronne conclut que le coût de l'entente était nul, que la juste valeur marchande au jour de l'évaluation était nulle et le prix de base rajusté selon le paragraphe 26(3) des *Règles de 1971 concernant l'application de l'impôt sur le revenu* était par conséquent nul lui aussi.

DÉCISION

Je ne puis souscrire à l'argument principal du demandeur voulant qu'il faille évaluer l'entente de 1950 au jour de l'évaluation, comme si elle ne contenait aucune clause révocatoire. Dans l'arrêt *Goodwin Johnson (1960) Ltd*, précité, sur lequel le demandeur a fondé cet argument, la défenderesse prétendait que la demanderesse ne pouvait transférer ou céder à quelqu'un d'autre le contrat de coupe de bois liant les parties. Ces prétentions ne reposaient toutefois pas sur les clauses du contrat proprement dit, mais simplement sur des affirmations contenues dans des lettres envoyées par le service sylvicole de la province. Néanmoins, la Cour a conclu qu'en fait, le contrat aurait pu être cédé par procuration à tout autre exploitant jouissant d'une bonne réputation. On semble également indiquer dans l'arrêt que cette question n'avait pas été vivement contestée. Je vois donc peu de rapport entre cette cause et la présente espèce. Dans le cas présent, la clause révocatoire fait partie de l'en-

Even if the Court were to accept the plaintiff's allegation of an erroneous belief by the father that the agreement was invalid, that is certainly no ground for reading the agreement as if it contained no termination clause. The clause merely remains there unused, if only for the very good reason that the father may have preferred to construe the agreement to be valid at a later date, as the mood suited him, and as he later asserted.

I rather agree with the Crown's expert that in view of the numerous limitations in the agreement, the fair market value of the plaintiff's right had to be determined from the perspective of a third party in a *bona fide* offer and that these limitations rendered the right without value.

I now turn to the plaintiff's first alternative argument that since the termination clause had ceased to have effect at least 59 days prior to the father's death, at that point in time the father, even though he was not aware of his upcoming death, conferred a benefit on the plaintiff. It was further argued that numerous events including the father's confirmation of the validity of the agreement a few months prior to his death, perfected by his forbearance from terminating it when he was legally able to do so, constitute a transaction within the meaning of subsection 245(2) of the Act.

I do not share that view. First it is a requisite for the application of subsection 245(2) that there be in fact a benefit to the taxpayer (*Boardman (B.M.) et al. v. The Queen*, [1986] 1 C.T.C. 103 (F.C.T.D.)). In this case, the Court cannot accept that on November 23, 1982, 59 days prior to the father's death and without the benefit of hindsight, the failure by the father to revoke the 1950 agreement had the effect of conferring a benefit to the plaintiff. On that date, there was no "transaction", the word being used in the widest possible sense, "as meaning any act having operative effect in relation to a business or property" (*Minister of National Revenue v. Dufresne Didace*, [1967] 2 Ex.C.R. 128).

tente. Même si la Cour souscrivait à l'allégation du demandeur voulant que le père ait cru à tort que l'entente était nulle, il n'y a certainement pas de raison de faire comme si l'entente ne contenait aucune clause révocatoire. Cette clause est tout simplement demeurée là, inutilisée, ne serait-ce que pour la très bonne raison que le père aurait peut-être préféré considérer l'entente valide à une date ultérieure, lorsque cela lui avait convenu, comme il l'a d'ailleurs affirmé par la suite.

Je suis plutôt d'accord avec l'expert de la Couronne qui a affirmé qu'en raison des nombreuses restrictions contenues dans l'entente, il fallait établir la juste valeur marchande du droit du demandeur dans l'optique d'une offre ferme faite par un tiers, et que ces restrictions ont enlevé toute valeur à son droit.

J'analyserai maintenant le premier argument subsidiaire du demandeur voulant que puisque la clause révocatoire a cessé de s'appliquer au moins 59 jours avant la mort du père, ce dernier, à ce moment, même s'il ignorait l'imminence de sa mort, a conféré un avantage au demandeur. Le demandeur a aussi fait valoir que les circonstances, y compris la confirmation par le père de la validité de l'entente quelques mois avant sa mort, liées au fait qu'il se soit abstenu de révoquer l'entente lorsqu'il était juridiquement capable de le faire, ont constitué une opération au sens du paragraphe 245(2) de la Loi.

Je ne suis pas de cet avis. Premièrement, pour que le paragraphe 245(2) s'applique, il faut d'abord qu'un avantage ait été conféré au contribuable (*Boardman (B.M.) et autre c. La Reine*, [1986] 1 C.T.C. 103 (C.F. 1^{re} inst.)). En l'espèce, la Cour ne peut souscrire à l'affirmation selon laquelle le père a, le 23 novembre 1982, c'est-à-dire 59 jours avant sa mort et non rétrospectivement, du fait qu'il se soit abstenu de révoquer l'entente de 1950, conféré un avantage au demandeur. À cette date, il n'y a pas eu d'«opération», ce mot étant employé dans son acception la plus large possible, [TRADUCTION] «au sens d'un acte quel qu'il soit ayant un effet véritable relativement à une entreprise ou à un bien» (*Minister of National Revenue v. Dufresne, Didace*, [1967] 2 R.C.É. 128).

As to the second alternative argument by the plaintiff that he received a gift from his father when he was told to keep the agreement in a safe place, I see no merit in that argument. From the father's previous actions in regard to the 1950 agreement, it cannot be reasonably implied, as counsel suggested, that by delivering to his son his copy of the agreement the father was indicating that he would not amend or terminate it. The father did not transfer anything to his son, and at the very most, he was then confirming the 1950 agreement, thereby indicating that his son could eventually acquire his remaining shares in the company, under the same terms and conditions.

The final alternative argument is that a "gift" or "inheritance" occurred within the meaning of paragraph 69(1)(c) at the time of the father's death since no revocation or changes could then be made.

Paragraph 69(1)(c) states that:

69. (1) . . .

(c) where a taxpayer has acquired property by way of gift, bequest or inheritance, he shall be deemed to have acquired the property at its fair market value at the time he so acquired it.

Unfortunately for the plaintiff, I fail to see how a right to purchase shares, acquired by contract under seal and for mutual consideration can be interpreted as a gift. The essence of a gift is the intentional, voluntary and gratuitous transfer of property. In the instance, there was no element of gratuitousness in the 1950 agreement and the will of the plaintiff's father stipulating and authorizing treatment of the shares inconsistent with the agreement belies any intention on his part to confer a gift on the plaintiff upon death.

For these reasons, the appeal is dismissed with costs.

En ce qui concerne le deuxième argument subsidiaire voulant que le père ait fait une donation au demandeur lorsqu'il lui a dit de conserver l'entente en lieu sûr, il ne m'apparaît pas fondé. Compte tenu des agissements antérieurs du père à l'égard de l'entente de 1950, on ne peut raisonnablement en déduire, comme l'avocat l'a laissé entendre, qu'en remettant à son fils sa propre copie de l'entente, le père indiquait qu'il ne modifierait ni ne révoquerait l'entente. Le père n'a rien transféré à son fils; il a tout au plus confirmé l'entente de 1950, indiquant par là que son fils pourrait un jour se porter acquéreur du restant des actions de la compagnie, aux mêmes conditions.

Le dernier argument subsidiaire du demandeur est qu'il y a eu une «donation» ou une «succession» au sens de l'alinéa 69(1)c) au moment où le père est mort, étant donné qu'il ne pouvait plus y avoir de révocation ou de modification de l'entente.

L'alinéa 69(1)c) est ainsi libellé:

69. (1) . . .

c) lorsqu'un contribuable a acquis des biens par donation, legs ou succession, il est réputé les avoir acquis pour une somme égale à leur juste valeur marchande à la date de leur acquisition.

Malheureusement pour le demandeur, je ne vois pas comment on peut considérer comme une donation le droit d'acheter des actions, prévu dans un contrat signé et pour des contreparties mutuelles. Par définition, une donation est un transfert de bien intentionnel, volontaire et à titre gratuit. En l'espèce, il n'y avait rien de gratuit dans l'entente de 1950 et le testament, dans lequel le père du demandeur a stipulé que les actions devaient être traitées d'une manière incompatible avec l'entente, vient nier toute intention de sa part de faire une donation au demandeur à sa mort.

Pour ces motifs, l'appel est rejeté avec frais.

T-1326-90

T-1326-90

Canadian Human Rights Commission (Applicant)**Commission canadienne des droits de la personne (requérante)**

v.

a c.

Robert W. Kerr, Elizabeth Leighton and Harish C. Jain, as members of the Canadian Human Rights Tribunal and Sydney Lederman, as President of the Human Rights Tribunal Panel (Respondents)

Robert W. Kerr, Elizabeth Leighton et Harish C. Jain, membres du Tribunal canadien des droits de la personne, et Sydney Lederman, président du Comité du tribunal des droits de la personne (intimés)

and

et

Her Majesty the Queen, Peter Cranston, Dennis Bisson, Paul Carson, Robert Caskie, Robert Graham, Leonard Murray, Harvey Powell, Donald Williams, John Woodley, Donald J. Allin, Gary Brown, Joe Czaja, William Devine, Pierre Laliberté, Marcel Laroche, William L. MacInnis, John Thrope, Lorne Vickers, Albert J. Chiasson, Charles L. Empey, Robert Bisson, Jacques H. Brulé, John G. Burke, Lyman H. Gilks, David Falardeau and John D. Squires (*Mis en cause*)

Sa Majesté la Reine, Peter Cranston, Dennis Bisson, Paul Carson, Robert Caskie, Robert Graham, Leonard Murray, Harvey Powell, Donald Williams, John Woodley, Donald J. Allin, Gary Brown, Joe Czaja, William Devine, Pierre Laliberté, Marcel Laroche, William L. MacInnis, John Thrope, Lorne Vickers, Albert J. Chiasson, Charles L. Empey, Robert Bisson, Jacques H. Brulé, John G. Burke, Lyman H. Gilks, David Falardeau et John D. Squires (*mis en cause*)

INDEXED AS: CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION) v. KERR (T.D.)

e RÉPERTORIÉ: CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) c. KERR (1^{re} INST.)

Trial Division, Dubé J.—Ottawa, June 20 and July 11, 1990.

Section de première instance, juge Dubé—Ottawa, 20 juin et 11 juillet 1990.

Judicial review — Prerogative writs — Certiorari — Executive Flight Service transferred from Department of Transport to D.N.D. — Pilots laid off because average age exceeding mandatory retirement age in Queen's Regulations and Orders — Complaining to Canadian Human Rights Commission of discriminatory employment practice based on age — Chairman ruling constitutional validity of Q.R. & O. not properly before Tribunal as no prior notice of challenge — Chairman involved in organization providing funding for S.C.C. Charter challenge on mandatory retirement issue — Denying reasonable apprehension of bias as matter not before Tribunal — Commission arguing Chairman going too far in effort to counterbalance involvement with mandatory retirement issue — Situation such that Chairman might be suspected of "reverse bias" — Tribunal's decision vitiated where likelihood any member — and especially Chairman — participating in decision biased.

f Contrôle judiciaire — Brefs de prérogative — Certiorari — Transfert du Service de vols d'affaires du ministère des Transports au ministère de la Défense nationale — Congédiement de pilotes dont l'âge moyen dépassait l'âge de la retraite obligatoire prescrit dans les Ordonnances et Règlements royaux — Dépôt auprès de la Commission canadienne des droits de la personne d'une plainte de discrimination dans l'emploi fondée sur l'âge — Le président a décidé que la question de la validité constitutionnelle des O.R.R. n'avait pas été dûment soumise au tribunal, en raison de l'absence de préavis de contestation — Le président a joué un rôle au sein d'une organisation qui a fourni des fonds aux fins d'un litige porté devant la C.S.C. et lié à la Charte et à la retraite obligatoire — La crainte raisonnable de partialité n'a pas été reconnue, étant donné que cette question n'a pas été soumise au tribunal — La Commission a soutenu que le président était allé trop loin dans les efforts qu'il a déployés pour contrebalancer son rôle dans le litige portant sur la retraite obligatoire — La situation était telle que le président pouvait être soupçonné de «partialité à rebours» — La décision du tribunal est viciée lorsqu'il est probable qu'un membre, et à plus forte raison le président, qui a pris part à la décision avait un préjugé.

Human rights — Pilots laid off when function transferred from Department of Transport to D.N.D. — Issue as to validity of Queen's Regulations and Orders stipulating mandatory retirement age raised just prior to commencement of Canadian Human Rights Tribunal hearing into complaint of

Droits de la personne — Des pilotes ont été congédiés lorsque leur poste a été muté du ministère des Transports au ministère de la Défense nationale — La question de la validité des Ordonnances et Règlements royaux, qui prescrivent l'âge de retraite obligatoire, a été soulevée juste un peu avant le

discriminatory employment practice based on age — Chairman, who admitted involvement in organization providing funding for Charter challenge on mandatory retirement issue, holding issue not properly before Tribunal as no prior notice — Tribunal's decision set aside as reasonable apprehension of bias — Canadian Human Rights Act, s. 53 limiting Tribunal's jurisdiction to deciding merits "at conclusion of inquiry" — Denial of right to argue Regulations not meeting requirements of s. 15(b) effectively dismissing complaints of eleven pilots over age 55.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 3, 7(a), 10, 15(b), 40(4) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Suppl.), c. 31, s. 62), 53.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

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; *Gariepy v. Canada (Administrator of Federal Court)*, [1989] 2 F.C. 353; (1988), 24 F.T.R. 216 (T.D.).

REFERRED TO:

Weimer v. Symons et al. (1987), 57 Sask. R. 155; 25 Admin. L.R. 111 (Q.B.); *International Union of Mine, Mill & Smelter Workers, Ex parte, R. v. British Columbia Labour Relations Board* (1964), 45 D.L.R. (2d) 27; 48 W.W.R. 15 (B.C.C.A.).

COUNSEL:

René Duval for applicant.
No one appearing for respondents.
Brian Evernden for mis en cause.

SOLICITORS:

Senior Legal Counsel, Canadian Human Rights Commission, Ottawa, for applicant.

No solicitors of record for respondents.
Deputy Attorney General of Canada for mis en cause.

début de l'audience du tribunal canadien des droits de la personne au sujet de la plainte de discrimination dans l'emploi fondée sur l'âge — Le président, qui a admis avoir joué un rôle au sein d'une organisation qui a fourni des fonds aux fins d'un litige portant sur la Charte et la retraite obligatoire, a décidé que la question n'avait pas été dûment soumise au tribunal, en raison de l'absence de préavis — La décision du tribunal a été infirmée, en raison de l'existence d'une crainte raisonnable de partialité — Selon l'art. 53 de la Loi canadienne sur les droits de la personne, la compétence du tribunal se limite à statuer sur le bien-fondé d'un litige «à l'issue de son enquête» — Le refus du droit de soutenir que les Règlements ne respectent pas les exigences de l'art. 15(b) a eu pour effet de rejeter les plaintes de onze pilotes âgés de plus de 55 ans.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), chap. H-6, art. 3, 7a), 10, 15b), 40(4) (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), chap. 31, art. 62), 53.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

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; *Gariepy c. Canada (Administrateur de la Cour fédérale)*, [1989] 2 C.F. 353; (1988), 24 F.T.R. 216 (1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES:

Weimer v. Symons et al. (1987), 57 Sask. R. 155; 25 Admin. L.R. 111 (B.R.); *International Union of Mine, Mill & Smelter Workers, Ex parte, R. v. British Columbia Labour Relations Board* (1964), 45 D.L.R. (2d) 27; 48 W.W.R. 15 (C.A.C.-B.).

AVOCATS:

René Duval pour la requérante.
Personne n'a comparu pour les intimés.
Brian Evernden pour les mis en cause.

PROCUREURS:

Conseiller juridique principal, Commission canadienne des droits de la personne, Ottawa, pour la requérante.

Aucun procureur au dossier pour les intimés.
Le sous-procureur général du Canada pour les mis en cause.

The following are the reasons for order rendered in English by

DUBÉ J.: The issue to be resolved in this matter is whether the October 11, 1989 decision of the Canadian Human Rights Tribunal ("the Tribunal") constitutes reviewable error justifying the granting of *certiorari* or prohibition in that it gave rise to a reasonable apprehension of bias on the part of the Tribunal Chairperson and, through his influence, the other Tribunal members.

Peter Cranston, one of the complainants affected by the Tribunal's decision, was a pilot for the Executive Flight Service ("the Service") operated by the Department of Transport, from 1966 to June 30, 1986. All members of the Service were laid off as of the latter date as a result of its transfer to the Department of National Defence ("the Department"). They were informed there was no possibility of their transfer to the Department because the average age of the pilots was above the age acceptable to the Department.

At the time of the lay-offs, the mean age of the pilots was 51. Cranston was 58; ten of the other complainants were over 55. The military's mandatory retirement age of 55 is stipulated in paragraphs 15.17 and 15.31 of the Queen's Regulations and Orders.¹

In November and December 1985, the pilots filed complaints with the Canadian Human Rights Commission ("the Commission") alleging discrimination in employment based on age, contrary to subsection 3(1) and paragraph 7(a) and section 10 of the *Canadian Human Rights Act*² ("the Act") which read:

3. (1) For all purposes of this Act, race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, marital status, family status, disability and conviction for which a pardon has been granted are prohibited grounds of discrimination.

7. It is a discriminatory practice, directly or indirectly,

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

LE JUGE DUBÉ: Il s'agit de savoir si la décision que le tribunal canadien des droits de la personne («le tribunal») a rendue le 11 octobre 1989 constitue une erreur révisable justifiant la délivrance d'un bref de *certiorari* ou de prohibition, pour le motif qu'elle a soulevé une crainte raisonnable de partialité de la part du président du tribunal et, en raison de l'influence de celui-ci, de la part des autres membres du tribunal.

Peter Cranston, un des plaignants touchés par la décision du tribunal, était pilote pour le Service de vols d'affaires («le Service») que le ministère des Transports a exploité de 1966 jusqu'au 30 juin 1986, date à laquelle tous les membres du Service ont été congédiés à la suite du transfert dudit Service au ministère de la Défense nationale («le ministère»). Les plaignants ont été avisés qu'ils ne pouvaient être mutés au ministère, parce que l'âge moyen des pilotes dépassait l'âge acceptable pour celui-ci.

À la date des congédiements, l'âge moyen des pilotes était de 51 ans. Cranston était âgé de 58 ans et dix des autres plaignants étaient âgés de plus de 55 ans. L'âge de retraite obligatoire des militaires est de 55 ans, conformément aux paragraphes 15.17 et 15.31 des Ordonnances et Règlements royaux¹.

En novembre et décembre 1985, les pilotes ont déposé auprès de la Commission canadienne des droits de la personne («la Commission») des plaintes de discrimination dans l'emploi fondée sur l'âge, laquelle discrimination est contraire au paragraphe 3(1) et à l'alinéa 7a) et à l'article 10 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*² («la Loi»), qui se lisent comme suit:

3. (1) Pour l'application de la présente loi, les motifs de distinction illicite sont ceux qui sont fondés sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'état matrimonial, la situation de famille, l'état de personne graciée ou la déficience.

7. Constitue un acte discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite, le fait, par des moyens directs ou indirects:

¹ 1968 revision, issued under the authority of the *National Defence Act*.

² R.S.C., 1985, c. H-6.

¹ Révision de 1968, publiée sous l'autorité de la *Loi sur la défense nationale*.

² L.R.C. (1985), chap. H-6.

(a) to refuse to employ or continue to employ any individual,

on a prohibited ground of discrimination.

10. It is a discriminatory practice for an employer, employee organization or organization of employers

(a) to establish or pursue a policy or practice, or

(b) to enter into an agreement affecting recruitment, referral, hiring, promotion, training, apprenticeship, transfer or any other matter relating to employment or prospective employment,

that deprives or tends to deprive an individual or class of individuals of any employment opportunities on a prohibited ground of discrimination.

The hearings before the Tribunal culminating in the decision giving rise to this motion took place in May and October 1989. The transcript of proceedings shows that the arguments and objections leading up to this decision by the Chairman were at times untidy and chaotic. Although counsel for the Commission was well aware at the outset of the Department's intention to use as a defence the military's mandatory retirement age of 55, it was not until shortly prior to the commencement of the actual hearings that he advanced his challenge to the constitutional validity of the above-cited Queen's Regulations and Orders. After much debate the Chairman, the respondent Robert W. Kerr, ruled that the validity of the mandatory retirement age in the Canadian Forces was not properly before the Tribunal as there had been no prior notice, and that it was not apparent from the complaints that the interpretation of paragraph 15(b) of the Act would have to be addressed. The paragraph reads:

15. It is not a discriminatory practice if

(b) employment of an individual is refused or terminated because that individual has not reached the minimum age, or has reached the maximum age, that applies to that employment by law or under regulations, which may be made by the Governor in Council for the purposes of this paragraph.

Earlier, at the outset of the hearings, during the course of a meeting in chambers, Chairman Kerr had informed counsel of his involvement in an

a) de refuser d'employer ou de continuer d'employer un individu;

a

10. Constitue un acte de discrimination, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite et s'il est susceptible d'annihiler les chances d'emploi ou d'avancement d'un individu ou d'une catégorie d'individus, le fait, pour l'employeur, l'association patronale ou l'organisation syndicale:

b

a) de fixer ou d'appliquer des lignes de conduite;

b) de conclure des ententes touchant le recrutement, les mises en rapport, l'engagement, les promotions, la formation, l'apprentissage, les mutations ou tout autre aspect d'un emploi présent ou éventuel.

c

Les audiences qui ont été tenues devant le tribunal et qui ont abouti à la décision visée par la présente requête ont eu lieu en mai et octobre 1989. Une lecture de la transcription et des actes de procédure indique que les arguments et les objections qui ont mené à la décision du président étaient parfois confus et chaotiques. Même si l'avocat de la Commission était bien au courant, dès le départ, de l'intention du ministre d'invoquer comme moyen de défense l'âge de retraite obligatoire de 55 ans des militaires, ce n'est que peu avant le début des audiences proprement dites qu'il a soulevé l'invalidité constitutionnelle des Ordonnances et Règlements royaux susmentionnés. Après un long débat, le président, en l'occurrence, Robert W. Kerr (un des intimés), a décidé que la validité de l'âge de retraite obligatoire dans les Forces canadiennes n'avait pas été soulevée en bonne et due forme devant le Tribunal, puisque cette question n'avait pas fait l'objet d'un avis préalable et qu'il n'était pas évident, à la lumière des plaintes, que le tribunal serait appelé à interpréter l'alinéa 15b) de la Loi, dont le libellé est le suivant:

d

e

f

g

h

15. Ne constituent pas des actes discriminatoires:

i

b) le fait de refuser ou de cesser d'employer un individu qui n'a pas atteint l'âge minimal ou qui a atteint l'âge maximal prévu, dans l'un ou l'autre cas, pour l'emploi en question par la loi ou les règlements que peut prendre le gouverneur en conseil pour l'application du présent alinéa;

j

Plus tôt, au début des audiences, au cours d'une réunion en chambre, le président Kerr avait avisé les avocats de son rôle au sein d'une organisation

organization providing major funding for a Charter challenge before the Supreme Court of Canada on the issue of mandatory retirement.

Following the above ruling, counsel for the Commission requested an adjournment to consult with the Commission as, in his view, the Chairman's denial of his right to challenge the validity of the above Regulations effectively annihilated the cases of the eleven complainants who had been over 55 at the time of the lay-offs.

In January 1990, prior to the filing of the instant motion, the Tribunal reconvened in order to consider the Commission's offer of the opportunity for Mr. Kerr to resign. The Tribunal was presented with Cranston's affidavit in which he stated his belief (paragraphs 52 to 56) that the Tribunal's ruling was the result of the Chairperson's "uneasiness with issues relating to age limitations" because of his involvement in the Charter challenge before the Supreme Court of Canada.

The Commission's position is that Chairman Kerr had bent over backwards in an effort to counterbalance his involvement with the mandatory retirement issue: he had gone too far in the opposite direction.

The Chairman admitted (at page 221 of the motion record) that "if the issue of mandatory retirement were before this Tribunal it might well be a situation where a reasonable apprehension of bias would arise, given the Chair's involvement with respect to that issue in another forum". But, the Chairman continued (at pages 221-222):

... because there was no indication in the complaints ... that the issue of mandatory retirement was involved, it never occurred to me as Chair that any question of possible bias arose, until the exchange of correspondence between counsel in the spring of 1989, when Mr. Duval for the first time made reference to the issue ... I drew this matter to the attention of counsel at the beginning of the May hearing ... At that time counsel for [the Commission] raised no argument based on possible bias ... If the Tribunal decides the issue is properly before it, it must then, of course, decide whether to disqualify itself ... The mandatory retirement issue did, we accept, arise naturally out of the case ... The problem being that it arose very late in the proceedings: too late, in our view, for fairness to

qui fournit un financement important aux fins d'un litige lié à la Charte et à la retraite obligatoire et porté devant la Cour suprême du Canada.

a Après la décision susmentionnée, l'avocat de la Commission a demandé un ajournement afin de consulter la Commission, étant donné que, à son avis, en lui refusant le droit de contester la validité des Règlements susmentionnés, le président a annihilé à toutes fins pratiques les causes des onze plaignants qui étaient âgés de plus de 55 ans au moment des congédiements.

c En janvier 1990, avant le dépôt de la présente requête, le tribunal a tenu une autre réunion pour déterminer s'il était souhaitable de proposer à M. Kerr de démissionner, suivant l'offre de la Commission. On a présenté au tribunal l'affidavit de Cranston dans lequel ce dernier a déclaré être convaincu (paragraphes 52 à 56) que la décision du tribunal découlait de la [TRADUCTION] «gêne du président face aux questions concernant les limites d'âge», en raison de son rôle dans le litige lié à la Charte et porté devant la Cour suprême du Canada.

f De l'avis de la Commission, le président Kerr avait fait de son mieux pour contrebalancer son rôle dans le litige concernant la retraite obligatoire: il était allé trop loin dans la direction opposée.

h Le président a admis (à la page 221 du dossier de la requête) que [TRADUCTION] «si la question de la retraite obligatoire était soulevée devant notre tribunal, il pourrait bien s'agir d'un cas où une crainte raisonnable de partialité existerait, compte tenu du rôle du président dans un litige porté devant une autre tribune et lié à cette question». Cependant, le président a poursuivi en ces termes (aux pages 221 et 222):

i [TRADUCTION] ... comme il n'était nullement indiqué dans les plaintes ... que la question de la retraite obligatoire était soulevée, je n'ai jamais pensé, comme président, qu'une question de partialité pouvait être soulevée, avant l'échange de correspondance entre les avocats au printemps de 1989, lorsque M^e Duval a fait allusion à cette question pour la première fois ... J'ai souligné cette question aux avocats au début de l'audience tenue en mai ... L'avocat [de la Commission] n'a alors soulevé aucun argument concernant la partialité possible ... Si le tribunal décide que la question est dûment soulevée devant lui, il lui faudra évidemment déterminer s'il doit se déclarer inhabile à statuer sur le litige ... Nous reconnaissons que la question de la retraite obligatoire découlait naturellement de la

allow it to be considered, which is the basis for our preliminary ruling.

It appears that in a 1989 case involving VIA Rail's mandatory retirement policy, representations were made to the effect that Chairman Kerr had been personally involved with the issue of mandatory retirement and that a reasonable apprehension of bias arose therefrom. At that time, Kerr resigned his appointment.

The classic test for determining the apprehension of bias is the one enunciated by Mr. Justice de Grandpré in his dissenting judgment in *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*³ (at page 394):

The proper test to be applied in a matter of this type was correctly expressed by the Court of Appeal. As already seen by the quotation above, the apprehension of bias must be a reasonable one, held by reasonable and right minded persons, applying themselves to the question and obtaining thereon the required information. In the words of the Court of Appeal, that test is "what would an informed person, viewing the matter realistically and practically — and having thought the matter through — conclude. Would he think that it is more likely than not that Mr. Crowe, whether consciously or unconsciously, would not decide fairly."

More recently, in *Gariepy v. Canada (Administrator of Federal Court)*,⁴ I had to apply that test to the presence on a selection board of a chairman who had discussed the substance of a pending court action between the two parties. I found there was a reasonable apprehension of bias on the part of the chairman against the plaintiff. I said (at page 361):

The plaintiff does have valid grounds for harbouring a reasonable apprehension of bias. A realistic view of the situation by any reasonable person must be that the Chairman of the Selection Board is more likely than not, consciously or unconsciously, to be biased *vis-à-vis* the candidacy of the plaintiff.

In the present case, I also find that there are valid grounds to sustain a reasonable apprehension of bias in the minds of the complainants. It is apparent that a situation had been created in which the Chairman might be suspected of what I would call a "reverse bias". As mentioned earlier,

cause . . . Le problème, c'est que cette question a été soulevée très tard dans le déroulement du litige, trop tard, à notre avis, pour que l'équité nous permette de l'examiner; c'est ce qui constitue le fondement de notre décision préliminaire.

Apparemment, dans un cas de 1989 concernant la politique de VIA Rail sur la retraite obligatoire, on a soutenu que le président Kerr avait lui-même examiné la question de la retraite obligatoire et qu'une crainte raisonnable de partialité découlait de cette situation antérieure. À cette époque, Kerr s'était retiré.

Le critère classique à appliquer à l'égard de la crainte de partialité est celui qu'a énoncé le juge de Grandpré dans le jugement dissident qu'il a rendu dans *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*³ (à la page 394):

La Cour d'appel a défini avec justesse le critère applicable dans une affaire de ce genre. Selon le passage précité, la crainte de partialité doit être raisonnable et le fait d'une personne sensée et raisonnable qui se poserait elle-même la question et prendrait les renseignements nécessaires à ce sujet. Selon les termes de la Cour d'appel, ce critère consiste à se demander «à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique. Croirait-elle que, selon toute vraisemblance, M. Crowe, consciemment ou non, ne rendra pas une décision juste?»

Plus récemment, dans *Gariepy c. Canada (Administrateur de la Cour fédérale)*,⁴ j'ai dû appliquer ce critère à l'égard de la présence, au sein d'un comité de sélection, d'un président qui avait examiné le fond d'une action judiciaire en cours entre les deux parties. J'ai jugé que l'on pouvait craindre raisonnablement que le président se montre partial à l'endroit du demandeur. Voici ce que j'ai dit (à la page 361):

Le demandeur a effectivement des motifs valables de nourrir une crainte raisonnable de partialité. Toute personne raisonnable regardant la situation de façon réaliste se rendrait compte qu'il est plus que probable que, consciemment ou non, le président du comité de sélection est prévenu contre la candidature du demandeur.

Dans la présente affaire, je suis également d'avis que les plaignants ont des motifs valables de nourrir une crainte de partialité. Il est évident qu'on a créé une situation dans laquelle le président pourrait être soupçonné de ce que j'appellerais la «partialité à rebours». Comme je l'ai déjà mentionné,

³ [1978] 1 S.C.R. 369.

⁴ [1989] 2 F.C. 353 (T.D.).

³ [1978] 1 R.C.S. 369.

⁴ [1989] 2 C.F. 353 (1^{re} inst.).

in a somewhat similar situation involving VIA Rail complainants, Chairman Kerr resigned without hesitation. In this instance, he admits himself that "if the issue of mandatory retirement were before this Tribunal it might well be a situation where a reasonable apprehension of bias would arise".

The Chairman seemed to think that he could not be suspected of bias in the instant proceedings merely because the issue of mandatory retirement was not raised at the proper time. Obviously, that cannot be the applicable criterion. Again, the test is whether or not the complainants, who are informed persons — they know about mandatory retirement, they claim they are victims of that requirement and they know that the Chairman was involved, albeit on their side, in similar matters before the Supreme Court of Canada — could realistically and practically conclude that Mr. Kerr, consciously or unconsciously, was bending over backwards, to their detriment, so as to show his impartiality in the matter.

A reading of the transcript shows that in the course of the proceedings the Chairman elected a very legalistic approach to extricate himself from the corner into which he had boxed himself. It is very likely that if the issue of mandatory retirement had been raised by the Commission at the outset, the Chairman would have acted in this case exactly as he did in the VIA Rail case. The mere fact that the issue arose later on in the hearing is not a valid defence against an application for judicial review on the basis of reasonable apprehension of bias.

No reasonable apprehension of bias has been raised directly against the other members of the Tribunal, but the jurisprudence is clearly to the effect that the decision of a Tribunal consisting of more than one member will be vitiated if the circumstances establish a likelihood that any member, and more particularly the Chairman, participating in the decision is biased in favour of or against one of the parties.⁵

⁵ See *Weimer v. Symons et al.* (1987), 57 Sask. R. 155 (Q.B.), at p. 160 and *International Union of Mine, Mill & Smelter Workers, Ex parte, R. v. British Columbia Labour Relations Board* (1964), 45 D.L.R. (2d) 27 (B.C.C.A.).

dans une situation assez semblable concernant des plaintes portées contre VIA Rail, le président Kerr s'est retiré sans hésiter. En l'espèce, il a admis lui-même que [TRADUCTION] «si la question de la retraite obligatoire était soulevée devant notre tribunal, il pourrait bien s'agir d'un cas où une crainte raisonnable de partialité existerait».

Le président semblait croire qu'il ne pouvait être soupçonné de partialité en l'espèce simplement parce que la question de la retraite obligatoire n'a pas été soulevée au moment approprié. De toute évidence, ce n'est pas là le critère applicable. Encore une fois, le critère est celui de savoir si les plaignants, qui sont des personnes informées (ils sont au courant de la retraite obligatoire, ils soutiennent être victimes de cette exigence et ils savent que le président a joué un rôle, bien que favorable à leur position, dans un litige semblable porté devant la Cour suprême du Canada), pourraient conclure de façon réaliste que M. Kerr, consciemment ou non, faisait de son mieux, à leur détriment, pour démontrer son impartialité dans la cause.

Une lecture de la transcription indique que, au cours de l'audience, le président a adopté un raisonnement très formaliste pour se tirer de la situation difficile dans laquelle il s'était placé. Il est fort probable que, si la Commission avait soulevé la question de la retraite obligatoire dès le début, le président aurait agi en l'espèce exactement comme il l'a fait dans l'affaire VIA Rail. Le simple fait que la question a été soulevée plus tard au cours de l'audience n'est pas un moyen de défense valable opposable à une demande de contrôle judiciaire fondée sur une crainte raisonnable de partialité.

Aucune crainte raisonnable de partialité n'a été soulevée directement contre les autres membres du tribunal, mais la jurisprudence indique clairement que la décision d'un tribunal composé de plusieurs membres sera viciée si les circonstances indiquent qu'il est probable qu'un membre, et à plus forte raison le président, ayant pris part à la décision a un préjugé en faveur ou à l'encontre d'une des parties⁵.

⁵ Voir *Weimer v. Symons et al.* (1987), 57 Sask. R. 155 (B.R.), à la p. 160 et *International Union of Mine, Mill & Smelter Workers, Ex parte, R. v. British Columbia Labour Relations Board* (1964), 45 D.L.R. (2d) 27 (C.A.C.-B.).

Moreover, pursuant to section 53 of the *Canadian Human Rights Act*, the Tribunal's jurisdiction is limited to deciding the merits of the complaint "at the conclusion of its inquiry". The Tribunal's decision of October 11, 1989 denying counsel for the Commission the right to argue that the Department's regulations do not meet the requirements of paragraph 15(b) of the Act, did in fact settle the fate of the eleven complainants over the age of 55. Again, had that argument been made by the Commission at the complaint stage, rather than much later in the proceedings, the present situation might have been avoided. A new hearing will afford all parties concerned the opportunity for a clean start.

Counsel for the respondents, who forcefully denied any bias on the part of the Chairman, suggested that if I should find in favour of the applicant and the complainants, I might sever the proceedings under subsection 40(4) [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 62] of the Act and allow the proceedings to continue with reference to the complainants who are under the age of 55. I have seriously considered that proposal, but find it impractical and possibly unfair to some of the complainants who are not yet 55 but will be in the near future: the difficulty is to draw a line without creating any injustice.

Consequently, I will allow the motion and quash the decision rendered by the Canadian Human Rights Tribunal on October 11, 1989. I also order the respondent Sydney Lederman to appoint a new Tribunal to hear the complaints. The notice of motion seeks no costs and none will be awarded.

En outre, conformément à l'article 53 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, la compétence du tribunal se limite à déterminer le bien-fondé de la plainte «à l'issue de son enquête». La décision qu'a rendue le tribunal le 11 octobre 1989 et qui a eu pour effet de refuser à l'avocat de la Commission le droit de soutenir que les règlements du ministère ne respectent pas les exigences de l'alinéa 15b) de la Loi a effectivement réglé le sort des onze plaignants âgés de plus de 55 ans. Encore une fois, si la Commission avait soulevé cet argument lors du dépôt de la plainte au lieu d'attendre comme elle l'a fait, la situation actuelle aurait pu être évitée. Une nouvelle audience permettra à toutes les parties concernées de recommencer à neuf.

L'avocat des intimés, qui a nié énergiquement toute partialité de la part du président, a indiqué que, si je rendais une décision en faveur de la requérante et des plaignants, je pourrais séparer les procédures conformément au paragraphe 40(4) [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), chap. 31, art. 62] de la Loi et permettre la poursuite du débat dans le cas des plaignants âgés de moins de 55 ans. J'ai examiné cette proposition avec soin, mais je suis d'avis qu'elle n'est pas pratique et qu'elle est peut-être injuste pour certains des plaignants qui ne sont pas encore âgés de 55 ans, mais qui le seront sous peu; il est difficile de tirer une ligne sans créer d'injustice.

En conséquence, j'accorde la requête et j'annule la décision que le tribunal canadien des droits de la personne a rendue le 11 octobre 1989. J'ordonne également à l'intimé Sydney Lederman de nommer un nouveau tribunal pour statuer sur les plaintes. Comme il n'y a pas de demande de dépens dans l'avis de requête, aucuns dépens ne seront adjugés.

A-309-89

A-309-89

Attorney General of Canada, the Senate, the Senate Standing Committee on Internal Economy, Budgets and Administration, Her Majesty the Queen (*Appellants*) (*Cross-respondents*)

v.

Southam Inc. and Charles Rusnell (*Respondents*) (*Cross-appellants*)

INDEXED AS: *SOUTHAM INC. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (C.A.)*

Court of Appeal, Iacobucci C.J., Stone and Décaré J.J.A.—Ottawa, June 21 and August 23, 1990.

Federal Court jurisdiction — Trial Division — Appeal from Trial Division decision Court having jurisdiction to entertain action by newspaper publisher for declaration denial of access to Senate Committee hearings violation of Charter — Neither Charter nor Federal Court Act conferring jurisdiction — Requirements for jurisdiction set out in ITO case not met — Senate Committee not “federal board, commission or other tribunal” as powers not conferred by Act of Parliament but by Constitution — Parliament of Canada Act not “law of Canada” within meaning of s. 101 Constitution Act, 1867 — Under s. 5 Parliament of Canada Act, powers of both Houses of Parliament part of “general and public law of Canada”.

Constitutional law — Charter of Rights — Enforcement — Federal Court without jurisdiction to entertain action for declaration denial of access to Senate Committee hearings contrary to Charter — S. 24(1) Charter not conferring on courts jurisdiction beyond that already possessed.

The publisher of the *Ottawa Citizen* and one of its reporters were denied access to hearings by the Senate Standing Committee on Internal Economy, Budgets and Administration into the alleged misuse of Senate funds and services by Senator Hazen Argue with respect to the nomination of the latter's wife as a candidate in a federal election. The respondents sought declarations that their exclusion infringed the Charter right to freedom of expression and contravened the *Canadian Bill of Rights*. They further sought *certiorari* and injunctive relief.

In response to motions brought by the Law Clerk and Parliamentary Counsel to the Senate and by the Attorney General of Canada to strike out the Senate, the Senate Committee and Her Majesty the Queen as defendants, the Trial Judge held *inter alia* that the Federal Court had jurisdiction to entertain the action. The principal issue for determination by

Le procureur général du Canada, le Sénat, le Comité sénatorial permanent de la régie interne, des budgets et de l'administration, Sa Majesté la Reine (*appelants*) (*intimés incidents*)

c.

Southam Inc. et Charles Rusnell (*intimés*) (*appelants incidents*)

RÉPERTORIÉ: *SOUTHAM INC. c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (C.A.)*

Cour d'appel, juge en chef Iacobucci, juges Stone et Décaré, J.C.A.—Ottawa, 21 juin et 23 août 1990.

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Appel formé contre une décision par laquelle la Section de première instance a statué que la Cour avait la compétence voulue pour connaître d'une action intentée par l'éditeur d'un journal en vue d'obtenir un jugement déclaratoire portant que le refus de permettre d'assister aux audiences d'un comité sénatorial va à l'encontre de la Charte — Ni la Charte ni la Loi sur la Cour fédérale ne confèrent la compétence voulue — Les conditions prévues dans l'arrêt ITO pour établir la compétence n'ont pas été respectées — Un comité sénatorial ne constitue pas un «office fédéral» car ses pouvoirs ne sont pas prévus par une loi du Parlement mais par la Constitution — La Loi sur le Parlement du Canada n'est pas une «loi du Canada» au sens de l'art. 101 de la Loi constitutionnelle de 1867 — En vertu de l'art. 5 de la Loi sur le Parlement du Canada, les pouvoirs des deux chambres du Parlement font partie du «droit général et public du Canada».

Droit constitutionnel — Charte des droits — Recours — La Cour fédérale n'a pas la compétence voulue pour connaître d'une action en vue d'obtenir un jugement déclaratoire portant que le refus de permettre d'assister aux audiences d'un comité sénatorial contrevient à la Charte — L'art. 24(1) de la Charte n'attribue pas aux tribunaux une compétence plus étendue que celle qu'ils possèdent déjà.

L'éditeur du *Ottawa Citizen* et l'un de ses journalistes se sont vu refuser la permission d'assister aux audiences du Comité sénatorial permanent de la régie interne, des budgets et de l'administration portant sur des allégations de détournement, par le sénateur Hazen Argue, de fonds et de services du Sénat relativement à la mise en candidature de son épouse dans une élection fédérale. Les intimés tentaient d'obtenir des jugements déclaratoires portant que leur exclusion violait le droit à la liberté d'expression garanti par la Charte et contrevenait à la *Déclaration canadienne des droits*. Ils essayaient en outre d'obtenir un bref de *certiorari* et une injonction.

À la suite de requêtes présentées par le légiste et conseiller parlementaire du Sénat et par le procureur général du Canada pour faire annuler la jonction du Sénat, du Comité sénatorial et de Sa Majesté la Reine comme parties défenderesses, le juge de première instance a statué entre autres que la Cour fédérale avait la compétence voulue pour recevoir l'action. La principale

the Court of Appeal was as to whether the *Federal Court Act* or the Charter confers jurisdiction on the Court to entertain such litigation.

Held, the appeal should be allowed and the cross-appeal, against the holding of Strayer J. that neither the Senate nor the Senate Committee was an entity capable of being sued, dismissed.

(1) *Jurisdiction of the Federal Court under the Charter*

Although subsection 24(1) of the Charter refers to a court of competent jurisdiction where a remedy can be sought in case of a Charter infringement, that provision and the Charter generally have not conferred on courts jurisdiction that they did not already possess. As stated by the Supreme Court of Canada in *Mills v. The Queen*, "The Charter has made no attempt to fix or limit the jurisdiction . . . It merely gives a right to apply in a court which has jurisdiction."

(2) *Jurisdiction of the Federal Court under the Federal Court Act*

The first condition set out in the *ITO* case to establish jurisdiction in the Federal Court—statutory grant of jurisdiction by Parliament—was not met. The Trial Judge was wrong in concluding that the Senate Committee could potentially come within the definition of "federal board", commission or other tribunal" on the ground that it is a "body or consists of persons exercising or purporting to exercise jurisdiction or powers conferred by or under an Act of Parliament", viz. the *Parliament of Canada Act*. The words "conferred by or under an Act of the Parliament of Canada" in section 2 of the *Federal Court Act* mean that an Act of Parliament must be the source of the powers which are being conferred. The *Parliament of Canada Act* which elaborates upon the privileges, immunities and powers of the Senate is the manifestation of the powers of the Senate; it is not its source. The source of those privileges, immunities and powers is to be found in the Constitution. Unlike federal boards, commissions or tribunals whose powers are conferred by federal statutes, the powers of the Senate are conferred directly by section 18 of the *Constitution Act, 1867*. The Senate not coming within the definition of "federal board, commission or tribunal", it follows that the Trial Division does not have jurisdiction under section 18 of the *Federal Court Act*.

Should this interpretation of section 18 of the *Constitution Act, 1867* be erroneous, the plain meaning of the words "federal board, commission or tribunal" would still exclude any reference to the Senate or its committees. The Senate constitutes an essential part of the process that gives birth to federal boards, commissions or tribunals. As such, it cannot be considered on the same level as those entities. Moreover, to treat the Senate as a federal board, commission or tribunal would annihilate the ordinary meaning of those terms.

Nor could it be accepted that in enacting the *Federal Court Act*, Parliament intended to assign to the Federal Court a supervisory judicial review jurisdiction over the Senate, the House of Commons or their committees. The major purpose of that aspect of the Act was to transfer the supervisory jurisdiction of federal boards and tribunals from the provincial superior courts to the Federal Court and the language of sections 18 and 2 was chosen to effectuate that purpose.

question à trancher pour la Cour d'appel était de savoir si la *Loi sur la Cour fédérale* ou la Charte confère à la Cour la compétence voulue pour connaître d'un tel litige.

Arrêt: L'appel devrait être accueilli tandis que l'appel incident, formé contre la décision par laquelle le juge Strayer a statué que ni le Sénat ni le Comité sénatorial ne constituaient une entité capable d'ester en justice, devrait être rejeté.

(1) *Compétence de la Cour fédérale en vertu de la Charte*

Bien que le paragraphe 24(1) de la Charte parle de tribunal compétent pour ce qui est d'obtenir réparation en cas de violation de la Charte, cette disposition et la Charte en général n'attribuent aux tribunaux aucune compétence qu'ils ne possèdent déjà. Selon une citation de la Cour suprême dans l'arrêt *Mills c. La Reine*, «[L]a Charte ne fait aucune tentative de fixer ou de circonscrire la compétence . . . Elle ne fait qu'accorder un droit de s'adresser à un tribunal compétent.»

(2) *Compétence de la Cour fédérale en vertu de la Loi sur la Cour fédérale*

La première condition prévue dans l'arrêt *ITO* pour établir la compétence de la Cour fédérale—soit une attribution de compétence par une loi fédérale—n'a pas été respectée. Le juge de première instance a commis une erreur en concluant que le Comité sénatorial pouvait virtuellement entrer sous la définition d'«office fédéral» pour le motif que c'est un «organisme, une personne ou un groupe de personnes ayant, exerçant ou censé exercer une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale», c'est-à-dire la *Loi sur le Parlement du Canada*. Les termes «prévus par une loi fédérale» qui figurent à l'article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale* signifient que la source des pouvoirs qui sont prévus doit être une loi fédérale. La *Loi sur le Parlement du Canada* qui prévoit les privilèges, immunités et pouvoirs du Sénat est l'expression des pouvoirs du Sénat; elle n'en est pas la source. La source de ces privilèges, immunités et pouvoirs se trouve dans la Constitution. Contrairement aux offices fédéraux dont les pouvoirs sont prévus par des lois fédérales, les pouvoirs du Sénat sont prévus directement par l'article 18 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Comme le Sénat n'entre pas sous la définition d'«office fédéral», il s'ensuit que la Section de première instance n'a pas compétence en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Même si cette interprétation de l'article 18 de la *Loi constitutionnelle de 1867* était erronée, le sens ordinaire des mots «office fédéral» exclurait encore toute allusion au Sénat ou à ses comités. Le Sénat fait partie intégrante du processus de création des offices fédéraux. À ce titre, il ne peut pas être considéré au même niveau que ces entités. En outre, tenir le Sénat pour un office fédéral, ce serait nier le sens ordinaire de ces mots.

Il n'est pas possible non plus d'admettre que, lorsque le Parlement a adopté la *Loi sur la Cour fédérale*, il avait l'intention de donner à la Cour fédérale un pouvoir de contrôle judiciaire sur le Sénat, la Chambre des communes ou leurs comités. Cet aspect de la Loi avait principalement pour but de transférer à la Cour fédérale le pouvoir de contrôle qu'exerçaient les cours supérieures des provinces sur les offices fédéraux; les articles 18 et 2 ont donc été libellés en conséquence.

Another argument based on sections 91 and 101 of the *Constitution Act, 1867* militated against the jurisdiction of the Court. Section 101, which is the constitutional source of the Federal Court, enables the Parliament of Canada to establish courts "for the better administration of the laws of Canada", that is "section 91 laws", according to Estey J. in the *Law Society of British Columbia* decision. Since the law challenged herein derives not from section 91 but from section 18 of the *Constitution Act, 1867*, it follows that Parliament cannot, by incorporating by reference into a federal statute powers already conferred by the Constitution, allocate exclusive jurisdiction over those powers to a federally created court.

Nor had the second and third conditions required by the *ITO* case (that there be an existing body of federal law and that the law on which the case is based must be a "law of Canada" within the meaning of section 101 of the *Constitution Act, 1867*) been met. Although it may be said that the federal law for purposes of the second test is the *Parliament of Canada Act*, that Act is not a "law of Canada" within the meaning of section 101 of the *Constitution Act, 1867* for purposes of the third condition. That interpretation is borne out by section 5 of the *Parliament of Canada Act* which declares the privileges, immunities and powers of both Houses of Parliament to be part of the "general and public law of Canada". Such a declaration is confirmation that those powers, privileges and immunities are not "laws of Canada" within the meaning of section 101. This is further evidenced by the French text of section 5, "*droit général et public du Canada*", which is not equivalent to the expression "*des lois du Canada*" used in the unofficial translation of section 101. The Constitution of Canada is the most important part of the general and public law of Canada and section 5 underlines that parliamentary privileges are also part of that law. Consequently, there is no "laws of Canada" within the third condition of *ITO* and therefore no jurisdiction in the Federal Court to entertain the action herein.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

An Act to define the privileges, immunities and powers of the Senate and House of Commons, and to give summary protection to persons employed in the publication of Parliamentary Papers, S.C. 1868, c. 23.

Canadian Bill of Rights, R.S.C., 1985, Appendix III, s. 1(d), (f).

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(1), 32(1)(a), 33.

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), preamble, ss. 17, 18 (repealed and reenacted by 38 & 39 Vict., c. 38 (U.K.), s. 1 [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 13]), 91, 92(14), 101.

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 1 (not yet in force)), 18.

Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 419.

Parliament of Canada Act, R.S.C., 1985, c. P-1, ss. 4, 5.

Un autre argument fondé sur les article 91 et 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* militait contre la compétence de la Cour. L'article 101, qui est le fondement constitutionnel de la Cour fédérale, autorise le Parlement du Canada à créer des tribunaux «pour la meilleure administration des lois du Canada», c'est-à-dire des «lois adoptées sous le régime de l'article 91», comme l'a dit le juge Estey dans l'arrêt *Law Society of British Columbia*. Vu que la loi en litige ne relève pas de l'article 91 mais de l'article 18 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, il s'ensuit que le Parlement ne peut pas, en incorporant par renvoi dans une loi fédérale des pouvoirs déjà prévus par la Constitution, attribuer une compétence exclusive sur ces pouvoirs à une cour créée par une loi fédérale.

N'ont pas non plus été respectées les deuxième et troisième conditions prévues dans l'arrêt *ITO* (à savoir l'existence d'un ensemble de règles de droit fédérales et le fait que la loi invoquée doit être une «loi du Canada» au sens de l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*). Bien que l'on puisse dire que la loi fédérale servant les fins de la deuxième condition est la *Loi sur le Parlement du Canada*, ce n'est pas une «loi du Canada» au sens de l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* pour ce qui est de la troisième condition. Cette interprétation est corroborée par l'article 5 de la *Loi sur le Parlement du Canada* qui déclare que les privilèges, immunités et pouvoirs du Parlement font partie du «droit général et public du Canada». Une telle déclaration vient confirmer que ces privilèges, immunités et pouvoirs ne sont pas des «lois du Canada» au sens de l'article 101. C'est encore plus évident lorsqu'on lit la version française de l'article 5, «droit général et public du Canada», qui n'est pas l'équivalent de l'expression «des lois du Canada» utilisée dans la traduction non officielle de l'article 101. La Constitution du Canada constitue la partie la plus importante du droit général et public du Canada et l'article 5 précise que les privilèges du Parlement font également partie de ce droit. Par conséquent, il n'y a pas de «lois du Canada» au sens où on l'entend dans la troisième condition de l'arrêt *ITO* et, partant, la Cour fédérale n'a pas la compétence voulue pour connaître de la présente action.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Acte pour définir les privilèges, immunités et attributions du Sénat et de la Chambre des Communes, et pour protéger d'une manière sommaire les personnes chargées de la publication des documents parlementaires, S.C. 1868, chap. 23.

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(1), 32(1)a), 33.

Déclaration canadienne des droits, L.R.C. (1985), appendice III, art. 1d), f).

Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, chap. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1), préambule, art. 17, 18 (abrogé et réédité par 38 & 39 Vict., chap. 38 (R.-U.), art. 1 [L.R.C. (1985), appendice II, n° 13]), 91, 92(14), 101.

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 2 (mod. par L.C. 1990, chap. 8, art. 1 (non encore en

Rules of the Senate of Canada, R. 73.

The Bill of Rights (1688), 1 Wm. III & Mary, 2nd Sess., c. 2 (Imp.), s. 9.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Mills v. The Queen, [1986] 1 S.C.R. 863; (1986), 29 D.L.R. (4th) 161; 26 C.C.C. (3d) 481; 52 C.R. (3d) 1; 67 N.R. 241; *R. v. Morgentaler, Smoling and Scott* (1984), 48 O.R. (2d) 519; 14 D.L.R. (4th) 184; 16 C.C.C. (3d) 1; 41 C.R. (3d) 262; 14 C.R.R. 107; 6 O.A.C. 53 (C.A.); *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; *House of Commons v. Canada Labour Relations Board*, [1986] 2 F.C. 372; (1986), 27 D.L.R. (4th) 481; 86 C.L.L.C. 14,034; 66 N.R. 46 (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.

REFERRED TO:

Re Resolution to amend the Constitution, [1981] 1 S.C.R. 753; (1981), 34 Nfld. & P.E.I.R. 1; 125 D.L.R. (3d) 1; [1981] 6 W.W.R. 1; 95 A.P.R. 1; 11 Man. R. (2d) 1; 39 N.R. 1; *Kielley v. Carson* (1842), 13 E.R. 225 (P.C.); *Stockdale v. Hansard* (1839), 48 Rev. Rep. 326 (Q.B.); *Landers et al. v. Woodworth* (1878), 2 S.C.R. 158; *Vallière v. Corporation de la paroisse de Saint-Henri de Lauzon* (1905), 14 Rap. Jud. 16 (C.B. Roi); *Chamberlist v. Collins et al.* (1962), 34 D.L.R. (2d) 414; 39 W.W.R. 65 (B.C.C.A.); *Re Clark et al. and Attorney-General of Canada* (1977), 17 O.R. (2d) 593; 81 D.L.R. (3d) 33; 34 C.P.R. (2d) 91 (H.C.); *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; *Reference Re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148; (1987), 40 D.L.R. (4th) 18; 77 N.R. 241; 22 O.A.C. 321; *MacLean v. Nova Scotia (Attorney General)* (1987), 76 N.S.R. (2d) 296; 35 D.L.R. (4th) 306; 189 A.P.R. 296; 27 C.R.R. 212 (S.C.).

AUTHORS CITED

Canada. *House of Commons Debates*, Vol. V, 2nd Sess., 28th Parl., March 25, 1970, at pp. 5470-5471.
 Dickson, R. G. B. "Keynote Address", in *The Cambridge Lectures 1985*. Montréal: Editions Yvons Blais Inc., 1985, at pp. 2-4.
Shorter Oxford English Dictionary, 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, 1974, "board", "commission", "tribunal".
 Tassé, R. "Application of the Canadian Charter of

vigueur)), 18.

Loi sur le Parlement du Canada, L.R.C. (1985), chap. P-1, art. 4, 5.

Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 419.

a *Règles du Sénat du Canada*, Règle 73.

The Bill of Rights (1688), 1 Wm. III & Mary, 2nd Sess., chap. 2 (Imp.), art. 9.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Mills c. La Reine, [1986] 1 R.C.S. 863; (1986), 29 D.L.R. (4th) 161; 26 C.C.C. (3d) 481; 52 C.R. (3d) 1; 67 N.R. 241; *R. c. Morgentaler, Smoling and Scott* (1984), 48 O.R. (2d) 519; 14 D.L.R. (4th) 184; 16 C.C.C. (3d) 1; 41 C.R. (3d) 262; 14 C.R.R. 107; 6 O.A.C. 53 (C.A.); *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autres*, [1986] 1 R.C.S. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241; *Chambre des communes c. Conseil canadien des relations du travail*, [1986] 2 C.F. 372; (1986), 27 D.L.R. (4th) 481; 86 C.L.L.C. 14,034; 66 N.R. 46 (C.A.); *Procureur général du Canada et autres c. Law Society of British Columbia et autres*, [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.

DÉCISIONS CITÉES:

Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution, [1981] 1 R.C.S. 753; (1981), 34 Nfld. & P.E.I.R. 1; 125 D.L.R. (3d) 1; [1981] 6 W.W.R. 1; 95 A.P.R. 1; 11 Man. R. (2d) 1; 39 N.R. 1; *Kielley v. Carson* (1842), 13 E.R. 225 (P.C.); *Stockdale v. Hansard* (1839), 48 Rev. Rep. 326 (Q.B.); *Landers et al. v. Woodworth* (1878), 2 R.C.S. 158; *Vallière c. Corporation de la paroisse de Saint-Henri de Lauzon* (1905), 14 Rap. Jud. 16 (C.B. Roi); *Chamberlist v. Collins et al.* (1962), 34 D.L.R. (2d) 414; 39 W.W.R. 65 (B.C.C.A.); *Re Clark et al. and Attorney-General of Canada* (1977), 17 O.R. (2d) 593; 81 D.L.R. (3d) 33; 34 C.P.R. (2d) 91 (H.C.); *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; *Renvoi relativement au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148; (1987), 40 D.L.R. (4th) 18; 77 N.R. 241; 22 O.A.C. 321; *MacLean v. Nova Scotia (Attorney General)* (1987), 76 N.S.R. (2d) 296; 35 D.L.R. (4th) 306; 189 A.P.R. 296; 27 C.R.R. 212 (S.C.).

DOCTRINE

Canada. *Débats de la Chambre des communes*, vol. V, 2^e sess., 28^e Lég., 25 mars 1970, aux p. 5470 et 5471.
 Dickson, R. G. B. «Keynote Address», in *The Cambridge Lectures 1985*. Montréal: Éditions Yvons Blais Inc., 1985, aux p. 2 à 4.
Shorter Oxford English Dictionary, 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, 1974, «board», «commission», «tribunal».
 Tassé, R. «Application de la Charte canadienne des droits

Rights and Freedoms”, in *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989, at pp. 71-72.

et libertés», dans *Charte canadienne des droits et libertés*, 2^e éd., 1989, Beaudoin et Ratushny, aux p. 71-72.

COUNSEL:

W. Ian Binnie, Q.C. and *David W. Hamer* for appellants (cross-respondents).

Richard G. Dearden, Alan D. Reid, Q.C. and *Neil R. Wilson* for respondents (cross-appellants).

Edward R. Sojony, Q.C. and *Yvonne E. Milosevic* for the Attorney General of Canada.

SOLICITORS:

McCarthy, Tétrault, Toronto, for appellants (cross-respondents).

Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, for respondents (cross-appellants).

Deputy Attorney General of Canada for the Attorney General of Canada.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

IACOBUCCI C.J.: This is an appeal by Mr. Raymond L. du Plessis, Q.C., Law Clerk and Parliamentary Counsel to the Senate (“appellant”), in relation to the named defendants [“appellants” in the style of cause], the Senate and the Senate Standing Committee on Internal Economy, Budgets and Administration (“Senate Committee”), from an order of Mr. Justice Strayer, dated June 8, 1989 [[1989] 3 F.C. 147 (T.D.)], dealing with, *inter alia*, motions to strike the defendants under Rule 419 of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663]. The respondents, Southam Inc. and Mr. Charles Rusnell cross-appeal certain aspects of Mr. Justice Strayer’s order as discussed in the recital of the facts which follows.

FACTS

The corporate respondent, Southam Inc., is the publisher and proprietor of *The Ottawa Citizen*, a daily newspaper, and the individual respondent, Mr. Charles Rusnell, is a reporter for that newspaper. In about June 1988, the Senate Committee started to investigate allegations against Senator Hazen Argue involving his use of Senate funds and

AVOCATS:

W. Ian Binnie, c.r. et *David W. Hamer* pour les appelants (intimés incidents).

Richard G. Dearden, Alan D. Reid, c.r. et *Neil R. Wilson* pour les intimés (appelants incidents).

Edward R. Sojony, c.r. et *Yvonne E. Milosevic* pour le procureur général du Canada.

PROCUREURS:

McCarthy, Tétrault, Toronto, pour les appelants (intimés incidents).

Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, pour les intimés (appelants incidents).

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 EN CHEF IACOBUCCI: Il s’agit d’un appel formé par M. Raymond L. du Plessis, c.r., légiste et conseiller parlementaire du Sénat (d’appelant), pour le compte des défendeurs [«appelants» dans l’intitulé de cause] que sont le Sénat et le Comité sénatorial permanent de la régie interne, des budgets et de l’administration («le comité du Sénat»), contre une ordonnance en date du 8 juin 1989 du juge Strayer [[1989] 3 C.F. 147 (1^{re} inst.)] concernant notamment des requêtes pour obtenir la radiation des défendeurs en vertu de la Règle 419 des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., chap. 663]. Les intimés, Southam Inc. et M. Charles Rusnell, ont interjeté un appel incident relativement à certains aspects de l’ordonnance du juge Strayer mentionnés dans l’énoncé des faits qui suit.

LES FAITS

La société intimée, Southam Inc., est éditeur et propriétaire du quotidien *The Ottawa Citizen*, tandis que le particulier intimé, M. Charles Rusnell, travaille comme journaliste pour ce journal. En juin 1988, le comité du Sénat a entrepris une enquête au sujet de certaines allégations visant le sénateur Hazen Argue et l’utilisation par ce der-

services in the nomination campaign of his wife as a candidate in the federal riding of Nepean. In early July 1988, the Senate established a sub-committee to examine and report upon the allegations of misuse of public funds, and the sub-committee submitted a report, dated July 29, 1988, to the Senate Committee. The sub-committee heard from fourteen witnesses at meetings held prior to submitting its report which was considered by the Senate Committee at least once at a meeting held on August 18, 1988.

All of the meetings of the Senate Committee and its sub-committee were held *in camera*. Mr. Rusnell requested at various times that he be allowed to attend the hearings of the Senate Committee or its sub-committee and such requests were refused. He also requested the opportunity to have his counsel present oral representations as to why he should be allowed to attend the hearings. On June 23, 1988 and on August 18, 1988, Mr. Rusnell and his counsel waited outside closed meetings of the Senate Committee. On June 24, 1988, Mr. Rusnell was allowed through counsel to make a written submission supporting his request for access to the hearings, but the Senate Committee did not change its position; and he was advised on two occasions by Senator Royce Frith, the Deputy Chairman of the Senate Committee, that the Committee would continue to meet *in camera*.

As a result of the refusals, the respondents commenced this action on August 22, 1988. In their statement of claim,¹ they seek declarations that the refusals by the Senate Committee to allow them access to the hearings infringe the freedom of expression guaranteed by paragraph 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] and are not justified under section 1 of the Charter; that Rule 73 of the

¹ Appeal Book, at p. 7.

nier de certains fonds et services du Sénat pour la mise en candidature de son épouse dans la circonscription électorale fédérale de Nepean. Au début de juillet 1988, le Sénat a mis sur pied un sous-comité qu'il a chargé d'examiner ces allégations de détournement des fonds publics et de présenter un rapport à leur sujet; ce sous-comité a remis au comité du Sénat un rapport en date du 29 juillet 1988. Le sous-comité a entendu quatorze témoins au cours de réunions qu'il a tenues avant de soumettre son rapport, que le comité du Sénat a examiné à au moins une occasion, lors d'une réunion tenue le 18 août 1988.

Toutes les réunions du comité du Sénat et de son sous-comité se sont déroulées à huis clos. M. Rusnell a demandé à plusieurs reprises l'autorisation d'assister aux audiences du comité du Sénat ou de son sous-comité, mais ses demandes ont toutes été rejetées. Il a également demandé que son avocat soit autorisé à venir expliquer pourquoi il devrait obtenir la permission d'assister aux audiences. Le 23 juin 1988 et le 18 août 1988, M. Rusnell et son avocat ont attendu à l'extérieur du lieu où se tenaient les réunions à huis clos du comité du Sénat. Le 24 juin 1988, M. Rusnell a été autorisé à soumettre, par l'intermédiaire de son avocat, des arguments écrits appuyant sa demande d'accès aux audiences, mais le comité du Sénat n'a pas changé d'avis. À deux reprises, le sénateur Royce Frith, vice-président du comité du Sénat, lui a fait savoir que le comité continuerait de se réunir à huis clos.

Devant ces refus, les intimés ont intenté la présente action le 22 août 1988. Dans leur déclaration¹, ils demandent que soient prononcés des jugements déclaratoires portant que les refus du comité du Sénat de leur permettre d'assister aux audiences contreviennent à la liberté d'expression garantie par l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] et ne sont

¹ Dossier d'appel, à la p. 7.

Senate² is contrary to the Charter for the same reasons, as is any refusal based on Rule 73; that such refusals are also contrary to paragraphs 1(d) and (f) of the *Canadian Bill of Rights* [R.S.C., 1985, Appendix III] “and contrary to the common law”; and that refusals to allow the respondents to make oral representations to the Committee on their right of access are a breach of the duty of the Senate Committee to receive and consider representations. The respondents seek *certiorari* to quash the decisions of the Senate Committee to hold these hearings *in camera* and an injunction against the Committee continuing to refuse access of the respondents to such hearings.

On September 28, 1988, the statement of claim was served on Senator Roméo LeBlanc, the then Deputy Chairman of the Senate Committee. On October 4, 1988, the solicitors for the Senate and the Senate Committee accepted service on behalf of Senator Guy Charbonneau, the Speaker of the Senate, as if he had been personally served.

The appellant then brought the motion involved herein on behalf of the Senate and the Senate Committee, in which he sought to obtain orders granting him standing to bring his motion, dismissing the action as against the Senate and the Senate Committee, and declaring that the service of the statement of claim upon the Honourable Guy Charbonneau did not constitute proper service upon the Senate, the Senate Committee or its members. The Attorney General of Canada (“Attorney General”) also brought a motion objecting to the joinder of Her Majesty the Queen and himself as parties to an action in which no claim was asserted against either of them.

On June 8, 1989, Mr. Justice Strayer held, in response to the motions brought by the appellant and the Attorney General, that the appellant had

² Rule 73 of the Senate’s Rules [*Rules of the Senate of Canada*] provides:

73. Members of the public may attend any meeting of a committee of the Senate, unless the committee otherwise orders.

pas justifiées par l’article premier de la Charte; que la Règle 73 du Règlement du Sénat², comme tout refus fondé sur la Règle 73, contrevient à la Charte pour les mêmes motifs; que ces refus contreviennent également aux alinéas 1d) et f) de la *Déclaration canadienne des droits* [L.R.C. (1985), appendice III] [TRADUCTION] «ainsi qu’à la common law»; et que les refus d’autoriser les intimés à exposer verbalement au comité leur point de vue au sujet de leur droit d’accès constituent un manquement au devoir du comité du Sénat d’entendre des arguments et de les prendre en considération. Les intimés demandent que soient décernés un bref de *certiorari* annulant les décisions du comité du Sénat de tenir ces audiences à huis clos, ainsi qu’une injonction contre le comité, vu sa persistance à interdire aux intimés d’assister aux audiences.

Le 28 septembre 1988, la déclaration a été signifiée au sénateur Roméo LeBlanc, qui était alors vice-président du comité du Sénat. Le 4 octobre 1988, les avocats du Sénat et du comité du Sénat ont accepté la signification au nom du sénateur Guy Charbonneau, président du Sénat, comme s’il s’était agi d’une signification à personne.

L’appelant a ensuite présenté, au nom du Sénat et du comité du Sénat, la requête contestée en l’espèce, dans laquelle il a demandé que soient prononcées des ordonnances lui donnant qualité pour présenter sa requête, rejetant l’action intentée contre le Sénat et le comité du Sénat, et déclarant que la signification de la déclaration à l’honorable Guy Charbonneau ne constituait pas une signification régulière au Sénat, au comité du Sénat ou à ses membres. Le procureur général du Canada («le procureur général») a lui aussi présenté une requête dans laquelle il s’est opposé à la jonction de Sa Majesté la Reine et de lui-même comme parties dans une action qui n’était dirigée contre ni l’une ni l’autre.

Le 8 juin 1989, le juge Strayer, qui a été saisi des requêtes de l’appelant et du procureur général, a conclu que l’appelant avait la qualité voulue pour

² La Règle 73 du Règlement du Sénat [*Règlement du Sénat du Canada*] précise que:

73. Toute réunion d’un comité du Sénat est publique, à moins que le comité ne prescrive le contraire.

standing to bring his motion; that the Federal Court had jurisdiction to entertain the respondents' claims; that the Senate and the Senate Committee were to be struck out as defendants but with leave to the respondents to file an amended statement of claim within thirty days substituting as defendants those persons who were members of the Senate Committee during any or all of the months of June, July and August 1988; that Her Majesty the Queen be struck out as a defendant; and that the Attorney General was a proper party to the within appeal.³

Before us, the respondents cross-appeal the holding of Strayer J. that neither the Senate nor the Senate Committee is an entity capable of being sued, and argue that the Senate and Senate Committee are properly named as defendants. It should also be noted that the Attorney General, although it decided not to appeal the order of Strayer J., asked, rather late in the day, to participate in the appeal and was permitted to do so.

ISSUES RAISED ON APPEAL

The appellant argued that the learned Trial Judge erred in: (i) holding the respondents' claims are within the statutory jurisdiction of the Federal Court, (ii) purporting to determine jurisdiction "of courts generally" on the questions raised in the statement of claim, (iii) rejecting the submission that the issue is moot as a result of the dissolution of the 33rd Parliament, and (iv) granting respondents leave to amend what Strayer J. himself described as "a nullity".

The respondents, on the other hand, have raised on this appeal and their cross-appeal the following questions in addition to the jurisdictional issue raised by the appellant, namely, whether:

- (i) the appellant met the test to strike specified in Rule 419 of the *Federal Court Rules*;
- (ii) the Senate and the Senate Committee are properly named defendants in this proceeding;

³ Appeal Book, 88-110, order and reasons for order of Strayer J.

présenter sa requête; que la Cour fédérale était compétente pour connaître de l'action des intimés; que le Sénat et le comité du Sénat devaient être radiés en tant que défendeurs, mais que les intimés étaient autorisés à produire, dans les trente jours, une déclaration modifiée nommant comme défendeurs les personnes qui étaient membres du comité du Sénat durant les mois de juin, juillet et août 1988; que Sa Majesté la Reine devait être radiée en tant que défenderesse; et que le procureur général pouvait valablement être désigné comme partie au dossier³.

Pour leur part, les intimés ont interjeté un appel incident contre la conclusion du juge Strayer que le Sénat et le comité du Sénat ne sont pas des entités pouvant être poursuivies, et ils prétendent que le Sénat et le comité du Sénat ont été correctement constitués défendeurs. Il convient également de mentionner que le procureur général, même s'il a décidé de ne pas interjeter appel de l'ordonnance du juge Strayer, a demandé plutôt tardivement de participer à l'appel et a été autorisé à le faire.

QUESTIONS SOULEVÉES DANS L'APPEL

L'appelant prétend que le juge de première instance a commis une erreur: (i) en concluant que l'action des intimés relevait de la compétence attribuée par la loi à la Cour fédérale; (ii) en prétendant définir la compétence «des tribunaux en général» à l'égard des questions soulevées dans la déclaration; (iii) en rejetant l'argument voulant qu'il s'agisse d'une question théorique étant donné la dissolution de la 33^e législature, et (iv) en accordant aux intimés la permission de modifier ce que le juge Strayer a lui-même appelé une «nullité».

Outre la question de la compétence soulevée par l'appelant, d'autres questions ont été soulevées par les intimés dans l'appel et l'appel incident, c'est-à-dire:

- (i) L'appelant a-t-il respecté le critère applicable aux radiations prévu à la Règle 419 des *Règles de la Cour fédérale*?
- (ii) Le Sénat et le comité du Sénat ont-ils été correctement constitués défendeurs dans cette affaire?

³ Dossier d'appel, 88-110, ordonnance et motifs de l'ordonnance du juge Strayer.

(iii) service upon the Honourable Guy Charbonneau and the Honourable Roméo LeBlanc constituted proper service upon the Senate and the Senate Committee or their respective members;

(iv) the issues in the respondents' action are moot; and

(v) the statement of claim can be amended to permit the Senate Committee to be proceeded against under an appropriate title.

The main argument advanced by the appellant and respondents in the hearing of the appeal related to the question of the jurisdiction of the Federal Court. In my view, it is not necessary to deal with all the other issues raised by the parties, important as they may be as general questions of public policy and administration. I say this because of the conclusion I reach on the threshold question of whether the Federal Court has jurisdiction to entertain the action of the respondents. Mr. Justice Strayer held the Court has jurisdiction. With respect, I disagree.

JURISDICTION OF THE FEDERAL COURT

The appellant has argued that this Court has no jurisdiction to entertain the claims of the respondents under either the *Federal Court Act*⁴ or the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. I should like to deal first with the question whether the Court has jurisdiction under the Charter.

Counsel for the respondents appeared to argue that the Federal Court has jurisdiction over the matters in issue in the statement of claim because the proceedings of the Senate and Senate Committee were subject to the Charter inasmuch as the Charter applies to Parliament. The argument confuses jurisdiction with Charter applicability and violation. It may well be that Parliament is subject to the provisions of the Charter (a point I shall refer to briefly below) but that is not the issue to be decided relevant to jurisdiction. The question is whether the Charter has conferred any jurisdiction on the Federal Court and in my view it has not.

(iii) La signification de la déclaration à l'honorable Guy Charbonneau et à l'honorable Roméo LeBlanc constituait-elle une signification régulière au Sénat et au comité du Sénat ou à leurs membres respectifs?

(iv) Les questions soulevées dans l'action des intimés sont-elles théoriques? et

(v) La déclaration peut-elle être modifiée afin de pouvoir poursuivre le comité du Sénat sous une désignation appropriée?

Le principal argument que l'appelant et les intimés ont fait valoir durant l'audition de l'appel concernait la compétence de la Cour fédérale. À mon avis, il est inutile de trancher les autres questions soulevées par les parties, malgré leur importance en termes d'intérêt et d'administration publics. Je dis cela à cause du jugement que je rends sur la question préliminaire de savoir si la Cour fédérale a la compétence voulue pour connaître de l'action des intimés. Le juge Strayer a conclu que la Cour était compétente. Avec toute la déférence qui s'impose, je ne suis pas du même avis.

COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE

L'appelant prétend que ni la *Loi sur la Cour fédérale*⁴ ni la *Charte canadienne des droits et libertés* ne donnent à cette Cour la compétence voulue pour connaître de l'action des intimés. J'aimerais tout d'abord régler la question de savoir si la Cour est compétente en vertu de la Charte.

L'avocat des intimés a semblé prétendre que la Cour fédérale avait la compétence voulue pour être saisie des questions soulevées dans la déclaration parce que les travaux du Sénat et du comité du Sénat sont assujettis aux dispositions de la Charte, étant donné que la Charte s'applique au Parlement. Il confond la compétence de la Cour avec l'applicabilité et la violation de la Charte. C'est bien possible que le Parlement soit assujetti aux dispositions de la Charte (c'est un point dont je traiterai brièvement plus loin), mais là n'est pas la question à trancher à propos de la compétence. Il faut plutôt se demander si la Charte attribue une compétence quelconque à la Cour fédérale; selon moi, elle ne lui en attribue aucune.

⁴ R.S.C., 1985, c. F-7.

⁴ L.R.C. (1985), chap. F-7.

Although subsection 24(1) of the Charter⁵ speaks of a court of competent jurisdiction where a remedy can be sought to enforce a Charter breach, that section and the Charter generally have not conferred any jurisdiction on any court that it did not already possess. To illustrate the point, I need refer only to Mr. Justice McIntyre in *Mills v. The Queen*⁶ where he said:

To begin with, it must be recognized that the jurisdiction of the various courts of Canada is fixed by the Legislatures of the various provinces and by the Parliament of Canada. It is not for the judge to assign jurisdiction in respect of any matters to one court or another. This is wholly beyond the judicial reach. In fact, the jurisdictional boundaries created by Parliament and the Legislatures are for the very purpose of restraining the courts by confining their actions to their allotted [sic] spheres. In s. 24(1) of the *Charter* the right has been given, upon the alleged infringement or denial of a *Charter* right, to apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances. The *Charter* has made no attempt to fix or limit the jurisdiction to hear such applications. It merely gives a right to apply in a court which has jurisdiction.⁷ [Emphasis added.]

Later he quoted with approval the following passage of Brooke J.A. in *R. v. Morgentaler, Smoling and Scott*:⁸

The weight of authority is that s. 24(1) does not create courts of competent jurisdiction, but merely vests additional powers in courts which are already found to be competent independently of the Charter. We agree with Mr. Doherty that a court is competent if it has jurisdiction, conferred by statute, over the person and the subject matter in question and, in addition, has authority to make the order sought.⁹

With respect to jurisdiction under the *Federal Court Act*, the Supreme Court of Canada has held that three conditions must be met to establish jurisdiction of the Federal Court in a particular case:

⁵ Subsection 24(1) of the Charter reads as follows:

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.

⁶ [1986] 1 S.C.R. 863.

⁷ *Id.*, at pp. 952-953.

⁸ (1984), 48 O.R. (2d) 519 (C.A.), at p. 525.

⁹ *Supra*, note 6, at p. 960.

Bien que le paragraphe 24(1) de la Charte⁵ parle de tribunal compétent pour ce qui est d'obtenir réparation en cas de violation de la Charte, cette disposition et la Charte en général n'attribuent aux tribunaux aucune compétence qu'ils ne possèdent pas déjà. À cet égard, il me suffit de citer le juge McIntyre qui a dit, dans l'arrêt *Mills c. La Reine*⁶:

En premier lieu, on doit reconnaître que la compétence des différentes juridictions canadiennes est fixée par les législatures des provinces et par le Parlement du Canada. Il n'appartient nullement aux juges d'attribuer à tel ou tel tribunal compétence relativement à certaines questions. Cette fonction se trouve complètement en dehors du ressort des tribunaux. De fait le Parlement et les législatures ont délimité la compétence des tribunaux pour précisément les tenir en limitant leurs actions aux domaines qui sont les leurs. Le paragraphe 24(1) de la *Charte* confère le droit, en cas de violation ou de négation alléguée d'un droit garanti par la *Charte*, de s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que ce tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances. La *Charte* ne fait aucune tentative de fixer ou de circonscrire la compétence pour entendre de telles demandes. Elle ne fait qu'accorder un droit de s'adresser à un tribunal compétent.⁷ [C'est moi qui souligne.]

Il a ensuite cité avec approbation l'extrait suivant de la décision rendue par le juge d'appel Brooke dans l'arrêt *R. v. Morgentaler, Smoling and Scott*⁸:

[TRADUCTION] La jurisprudence penche nettement vers l'opinion selon laquelle le par. 24(1) ne crée pas de tribunaux compétents, mais a simplement pour effet d'investir de pouvoirs supplémentaires les tribunaux qui ont déjà compétence indépendamment de la Charte. Nous sommes d'accord avec M^e Doherty qu'un tribunal est compétent s'il possède une compétence *ratione personae* et *ratione materiae*, conférée par la loi, et s'il détient en outre le pouvoir de rendre l'ordonnance sollicitée⁹.

En ce qui concerne la compétence prévue dans la *Loi sur la Cour fédérale*, la Cour suprême du Canada a conclu que trois conditions doivent être remplies pour établir la compétence de la Cour fédérale dans une affaire:

⁵Le paragraphe 24(1) de la Charte dispose que:

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits et 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.

⁶ [1986] 1 R.C.S. 863.

⁷ *Id.*, aux p. 952 et 953.

⁸ (1984), 48 O.R. (2d) 519 (C.A.), à la p. 525.

⁹ Précité, note 6, à la p. 960.

(i) there must be a statutory grant of jurisdiction by the federal Parliament;

(ii) 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; and

(iii) the law on which the case is based must be “a law of Canada” as the phrase is used in 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)].¹⁰

Mr. Justice Strayer found a statutory grant of jurisdiction in section 18 of the *Federal Court Act* which provides:

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.

This section takes one back to the definition of “federal board, commission or other tribunal” in section 2 of the Act:

2. ...

“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 the *Constitution Act, 1867*;

The Trial Judge concluded that the action could be entertained by the Federal Court under section 18 against a committee of the Senate if that committee is properly named in the action and properly served. He stated:

What is sought here is declaratory relief and *certiorari*, matters both referred to in paragraph 18(a) of the *Federal Court Act*. While in normal parlance one might not refer to a committee of

¹⁰ *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752, at p. 766 (per McIntyre J.).

(i) il doit y avoir attribution de compétence par une loi du Parlement fédéral;

(ii) 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;

(iii) la loi invoquée dans l’affaire doit être «une loi du Canada» au sens où cette expression est employée à 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*)]¹⁰.

Le juge Strayer a vu dans l’article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* une attribution de compétence. Cet article est ainsi 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.

Cet article renvoie à la définition de l’expression «office fédéral» qui figure à l’article 2 de la Loi:

2. ...

«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*.

Le juge de première instance a conclu que l’action intentée contre un comité du Sénat pourrait être entendue par la Cour fédérale sous le régime de l’article 18, à condition que ce comité soit correctement désigné dans l’action et que la signification ait été régulièrement faite. Il a déclaré:

Ce que l’on recherche en l’espèce, c’est un jugement déclaratoire et la délivrance d’un bref de *certiorari*, deux recours mentionnés à l’alinéa 18a) de la *Loi sur la Cour fédérale*. Bien

¹⁰ *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752, à la p. 766 (le juge McIntyre).

the Senate as a "federal board, commission or other tribunal", that expression is specially defined in section 2 of the Act as quoted above. It appears to me clear that a committee of the Senate is either a "body" or consists of "persons" and therefore is potentially within the definition. Further, I have concluded that in this case the committee in question is alleged to have been "exercising or purporting to exercise jurisdiction or powers conferred by or under an act of Parliament..."¹¹

In so concluding, Strayer J. rejected the argument of counsel for the appellant that the Senate or its committees are exercising powers not under a law of Parliament but rather under section 18 of the *Constitution Act, 1967*, which itself confers privileges, immunities and powers on the Senate. This section, the original version of which was repealed and reenacted in 1875, reads as follows:

18. The privileges, immunities, and powers to be held, enjoyed, and exercised by the Senate and by the House of Commons, and by the members thereof respectively, shall be such as are from time to time defined by Act of the Parliament of Canada, but so that any Act of the Parliament of Canada defining such privileges, immunities, and powers shall not confer any privileges, immunities, or powers exceeding those at the passing of such Act held, enjoyed, and exercised by the Commons House of Parliament of the United Kingdom of Great Britain and Ireland, and by the members thereof.¹²

I shall return to this point later, but suffice it to say at this point that Strayer J. found that, once Parliament passed a statute defining privileges, immunities and powers of the Senate and House of Commons, which it first did on May 22, 1868,¹³ it placed those privileges on a statutory basis and on

¹¹ At pp. 160-161.

¹² *Parliament of Canada Act, 1875*, 38-39 Vict., c. 38 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 13]. The original section [(1867), 30 & 31 Vict. c. 3 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]] read as follows:

18. The Privileges, Immunities, and Powers to be held, enjoyed, and exercised by the Senate and by the House of Commons and by the Members thereof respectively shall be such as are from Time to Time defined by Act of the Parliament of Canada, but so that the same shall never exceed those at the passing of this Act held, enjoyed, and exercised by the Commons House of Parliament of the United Kingdom of Great Britain and Ireland and by the Members thereof.

¹³ *An Act to define the privileges, immunities and powers of the Senate and House of Commons, and to give summary protection to persons employed in the publication of Parliament Papers*, S.C. 1868, c. 23.

que, dans le langage courant, un comité du Sénat puisse ne pas être désigné comme un «office, commission ou autre tribunal fédéral», cette expression se trouve définie expressément à l'article 2 de la Loi que nous venons de citer. Il ressort clairement, à mon sens, qu'un comité du Sénat peut être visé par cette définition soit parce qu'il constitue un «organisme», soit parce qu'il est constitué de «personnes». De plus, j'ai conclu qu'il était allégué que le comité dont il est question dans la présente espèce était un comité «exerçant ou prétendant exercer une compétence ou des pouvoirs conférés par une loi du Parlement du Canada ou sous le régime d'une telle loi...»¹¹

Le juge Strayer a donc rejeté la prétention de l'avocat de l'appelant voulant que le Sénat ou ses comités exercent les pouvoirs qui leur sont conférés non pas sous le régime d'une loi du Parlement, mais sous le régime de l'article 18 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui attribue lui-même des privilèges, des immunités et des pouvoirs au Sénat. Cet article, dont le texte original a été abrogé et remplacé en 1875, est ainsi libellé:

18. Les privilèges, immunités et pouvoirs que posséderont et exerceront le Sénat et la Chambre des Communes et les membres de ces corps respectifs, seront ceux prescrits de temps à autre par loi du Parlement du Canada; mais de manière à ce qu'aucune loi du Parlement du Canada définissant tels privilèges, immunités et pouvoirs ne donnera aucuns privilèges, immunités ou pouvoirs excédant ceux qui, lors de la passation de la présente loi, sont possédés et exercés par la Chambre des Communes du Parlement du Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et d'Irlande et par les membres de cette Chambre.¹²

Je reviendrai sur ce point plus tard, et je me contenterai de dire pour l'instant que le juge Strayer a conclu que l'adoption par le Parlement, le 22 mai 1868¹³, d'une première loi définissant les privilèges, les immunités et les pouvoirs du Sénat et de la Chambre des communes a eu pour effet de

¹¹ Aux p. 160 et 161.

¹² *Loi de 1875 sur le Parlement du Canada*, 38-39 Vict., chap. 38 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 13]. Le texte de l'article original [(1867), 30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]] est le suivant:

18. Les privilèges, immunités et pouvoirs que posséderont et exerceront le Sénat, la Chambre des Communes et les membres de ces corps respectifs, seront ceux prescrits de temps à autre par acte du parlement du Canada; ils ne devront cependant jamais excéder ceux possédés et exercés, lors de la passation du présent acte, par la chambre des communes du parlement du Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et d'Irlande et par les membres de cette chambre.

¹³ *Acte pour définir les privilèges, immunités et attributions du Sénat et de la Chambre des Communes, et pour protéger d'une manière sommaire les personnes chargées de la publication des documents parlementaires*, S.C. 1868, chap. 23.

which they continue to be by the present *Parliament of Canada Act*.¹⁴ Under the analysis of Strayer J., that statute is clearly an Act of Parliament as referred to in the definition of “federal board, commission or other tribunal” in section 2 of the *Federal Court Act*. As a result, the Senate Committee is a “federal board, commission or other tribunal” within the meaning of the *Federal Court Act* and therefore the Trial Division has jurisdiction under section 18 of the *Federal Court Act*. Hence, the first condition for the Federal Court’s jurisdiction under the *ITO* case, viz., the existence of a statutory grant of jurisdiction by Parliament, was met according to Strayer J.

He also found that the other two conditions—requiring that the matters in dispute involve federal law, and that such law be a “law of Canada” within the meaning of section 101 of the *Constitution Act, 1867*—were also met by the *Parliament of Canada Act*.

I should now wish to review more closely each of the three conditions necessary to base jurisdiction in the Federal Court.

Counsel for the appellant has argued that sections 2 and 18 of the *Federal Court Act* do not create judicial review jurisdiction in respect of Parliamentary proceedings because

(a) such review would be contrary to the law and practice of the Constitution with which Parliament is presumed to legislate in conformity,¹⁵

(b) there is no express reference in the *Federal Court Act* to parliamentary privileges and immunities, and

(c) the statutory language is not apt to cover the exercise of parliamentary privileges and immunities.¹⁶

¹⁴ R.S.C., 1985, c. P-1.

¹⁵ See *Re Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753, at p. 885.

¹⁶ See appellant’s memorandum of fact and law, paragraphs 19-35.

donner à ces privilèges un fondement légal que l’on trouve actuellement dans la *Loi sur le Parlement du Canada*.¹⁴ Selon l’analyse du juge Strayer, cette loi est clairement une loi fédérale au sens où on l’entend dans la définition de l’expression «office fédéral» qui figure à l’article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Par conséquent, le comité du Sénat serait un «office fédéral» au sens de la *Loi sur la Cour fédérale* et la Section de première instance serait compétente sous le régime de l’article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Selon le juge Strayer, la première condition prévue dans l’arrêt *ITO* relativement à la compétence de la Cour fédérale, soit une attribution de compétence par une loi fédérale, serait dès lors respectée.

Il a aussi conclu que la *Loi sur le Parlement du Canada* remplissait les deux autres conditions, soit l’existence d’une loi fédérale applicable aux questions en litige qui soit une «loi du Canada» au sens de l’article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

J’aimerais maintenant analyser plus attentivement chacune des trois conditions à remplir pour qu’une compétence soit reconnue à la Cour fédérale.

L’avocat de l’appelant a prétendu que les articles 2 et 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* ne créent aucun pouvoir de contrôle judiciaire à l’égard des travaux du Parlement pour les raisons suivantes:

a) un tel pouvoir irait à l’encontre du droit et de la pratique de la Constitution, que le Parlement est censé respecter lorsqu’il légifère¹⁵,

b) il n’y a pas de disposition expresse sur les privilèges et immunités parlementaires dans la *Loi sur la Cour fédérale*, et

c) le libellé de la loi ne permet pas d’englober l’exercice des privilèges et immunités parlementaires¹⁶.

¹⁴ L.R.C. (1985), chap. P-1.

¹⁵ Voir *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, à la p. 885.

¹⁶ Voir l’exposé des faits et du droit de l’appelant, paragraphes 19 à 35.

The Attorney General has argued in support of appellant's position by submitting that the sections in question should not be interpreted by a literal meaning but rather by what was intended, and it was not intended that jurisdiction over parliamentary proceedings would be assigned to the Federal Court when its statute was introduced in 1970.

These arguments are not by themselves conclusive of the matter, but they are useful to apply as interpretive principles in this case. I say this because these arguments lead one to conclude that, in order to find jurisdiction in the present case, one should be able to point to clear and unambiguous language in the Court's constating statute. That approach is appropriate herein because the review of parliamentary proceedings is not a matter to be taken lightly given the history of curial deference to Parliament and respect for the legislative branch of government generally. I hasten to add that this does not mean that no accountability, legal or otherwise, should exist. On the contrary, courts must be quick to respond to uphold the rule of law no matter how mighty or privileged the party before the tribunal or how unpopular the decision that has to be rendered.¹⁷ But in interpreting the mandate of this Court in the instant case, I am of the view that we should base a conclusion of jurisdiction on language that is clear on its face where the result is that this Court will be assuming a judicial review jurisdiction of the Senate or one of its committees.

¹⁷ Courts have not hesitated to determine whether what a parliamentary body claims to be privilege is to be accepted as such: see e.g. *Kielley v. Carson* (1842), 13 E.R. 225 (P.C.); *Stockdale v. Hansard* (1839), 48 Rev. Rep. 326 (Q.B.); *Landers et al. v. Woodworth* (1878), 2 S.C.R. 158; *Vallières v. Corporation de la paroisse de Saint-Henri de Lauzon* (1905), 14 Rap. Jud. 16 (C.B. Roi); *Chamberlist v. Collins et al.* (1962), 34 D.L.R. (2d) 414 (B.C.C.A.); *Re Clark et al. and Attorney-General of Canada* (1977), 17 O.R. (2d) 593 (H.C.); per Evans C.J.H.C. at p. 611:

Historically, there has always been some question whether the Courts have jurisdiction to determine the nature and extent of parliamentary privilege. As the supreme law-giving body, it would seem only natural that Parliament should be the source of authoritative guidelines on the subject. On the other hand, there is something inherently inimical about Members of Parliament determining the nature and extent of their own rights and privileges. The Courts have seized on this to consistently review the nature and extent of parliamentary privilege.

Le procureur général a souscrit aux arguments de l'appellant en affirmant qu'il ne fallait pas donner une interprétation littérale à ces articles, mais plutôt rechercher l'intention du législateur, et que celui-ci n'avait pas l'intention d'attribuer à la Cour fédérale une compétence à l'égard des travaux parlementaires lorsqu'il a adopté la loi créant la Cour en 1970.

Ces arguments ne sont pas déterminants, mais ils sont utiles en l'espèce en tant que principes d'interprétation. En effet, ils mènent à la conclusion que pour reconnaître la Cour compétente en l'espèce, il faut être en mesure de trouver dans la loi constitutive des dispositions claires et sans équivoque à cet effet. C'est la solution qu'il convient d'adopter en l'espèce car le contrôle des travaux du Parlement ne doit pas être pris à la légère étant donné la déférence qu'ont toujours manifestée les cours de justice envers le Parlement et le respect dû au pouvoir législatif en général. Je m'empresse d'ajouter que cela ne signifie pas qu'il ne doit exister aucune responsabilité, qu'elle soit légale ou autre. Bien au contraire, les tribunaux doivent être prompts à réagir pour faire respecter la primauté du droit, quelque puissante ou privilégiée que soit la partie justiciable, ou si impopulaire que soit la décision à rendre¹⁷. Quoi qu'il en soit, la présente espèce concerne l'interprétation du mandat de cette Cour, et je suis d'avis qu'il faut s'appuyer sur un texte clair à première vue pour conclure à l'existence d'une compétence ayant pour effet d'attribuer à la Cour un pouvoir de contrôle judiciaire sur le Sénat ou l'un de ses comités.

¹⁷ Les tribunaux n'ont pas hésité à se prononcer sur la question de savoir si ce qu'un organe parlementaire prétend être un privilège doit être accepté comme tel: voir p. ex. *Kielley v. Carson* (1842), 13 E.R. 225 (P.C.); *Stockdale v. Hansard* (1839), 48 Rev. Rep. 326 (Q.B.); *Landers et al. v. Woodworth* (1878), 2 R.C.S. 158; *Vallières c. Corporation de la paroisse de Saint-Henri de Lauzon* (1905), 14 Rap. Jud. 16 (C.B. Roi); *Chamberlist v. Collins et al.* (1962), 34 D.L.R. (2d) 414 (C.A.C.-B.); *Re Clark et al. and Attorney-General of Canada* (1977), 17 O.R. (2d) 593 (H.C.) (le juge en chef Evans), à la p. 611:

[TRADUCTION] On s'est toujours demandé si les tribunaux étaient compétents pour déterminer la nature et l'étendue d'un privilège parlementaire. Il semblerait tout à fait naturel que le Parlement, en tant qu'organe législatif suprême, soit la source des lignes directrices faisant autorité en la matière. En revanche, il y a quelque chose d'inadmissible en soi dans le fait que des députés et des sénateurs définissent la nature et l'étendue de leurs propres droits et privilèges. C'est l'argument qu'ont sans cesse invoqué les tribunaux pour contrôler la nature et l'étendue des privilèges parlementaires.

More specifically, as noted already, section 18 of the *Federal Court Act* gives exclusive original jurisdiction to the Trial Division for specified relief against any federal board, commission or other tribunal which is defined in section 2 of the same Act as any body or any person or persons having, exercising or purporting to exercise jurisdiction or powers conferred by or under an Act of the Parliament of Canada. Counsel for the appellant emphasized that “conferred” means “granted” or “bestowed” and that the privileges, immunities and powers of the Senate or its committees were not “granted” or “bestowed” on them by or under an Act of Parliament but by section 18 of the *Constitution Act, 1867*. Counsel for the respondents argued that section 18 of the *Constitution Act, 1867* simply conferred the “power to define the privileges, immunities and powers to be held, enjoyed and exercised by the Senate”. Once the power to define has been put into statutory form, the requirements of the definition of section 2 of the *Federal Court Act* are met and jurisdiction under section 18 thereof perfected as Strayer J. correctly decided.

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,*

Plus précisément, comme je l’ai déjà mentionné, l’article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* attribue à la Section de première instance une compétence exclusive, en première instance, pour ce qui est d’obtenir réparation de la part d’un office fédéral, que l’on définit à l’article 2 de la Loi comme un organisme, une personne ou un groupe de personnes ayant, exerçant ou censé exercer une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale. L’avocat de l’appellant a insisté sur le fait que le terme «prévu» a le sens d’«accordé» ou de «conféré», et que les privilèges, immunités et pouvoirs du Sénat ou de ses comités ne leur ont pas été «accordés» ou «conférés» par une loi fédérale ou sous le régime d’une telle loi, mais par l’article 18 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Pour sa part, l’avocat des intimés a soutenu que l’article 18 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne fait que conférer le [TRADUCTION] «pouvoir de définir les privilèges, immunités et pouvoirs que possédera et exercera le Sénat». Une fois que ce pouvoir a été prévu par une loi, les conditions prévues dans la définition de l’article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale* sont remplies et, partant, la compétence de la Cour en vertu de l’article 18 de cette Loi est établie, comme l’a dit avec raison le juge Strayer.

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 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

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.

However, even if I am wrong in interpreting section 18 of the *Constitution Act, 1867* as conferring the privileges, immunities and powers on the Senate, I do not see how the Senate or one of its committees can be treated as a “federal board, commission or tribunal” by the plain meaning of those words in section 18 of the *Federal Court Act*. The Senate, as one of the Houses of Parliament provided for in section 17 of the *Constitution Act, 1867*, is a body that, with the House of Commons, is an essential part of the process that gives birth to federal boards, commissions or tribunals, and as such the Senate simply is not on the same level as those entities.

In *House of Commons v. Canada Labour Relations Board*,¹⁸ Hugessen J.A. said this with respect to the House of Commons:

While, in a sense, the House of Commons may be said to be a creature of the *Constitution Act, 1867*, such a qualification, in my view, belittles both the House and the Constitution. The House is far more than a creature of the Constitution: it is central to it and the single most important institution of our free and democratic system of government. The Constitution, for its part, is far more than a statute: it is the fundamental law of the land.¹⁹

While there are obvious differences between the House of Commons and the Senate, the principal force of Hugessen J.A.’s comments also applies to the Senate in that it is far more than a creature of the Constitution. Like the House of Commons, the Senate is central to the Constitution. To treat the Senate as though it were a federal board, commission or tribunal not only belittles its role but also goes beyond the ordinary meaning of those

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 a 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 b aucun pouvoir n’est attribué par une loi fédérale.

Quoi qu’il en soit, même si je commets une erreur en concluant que l’article 18 de la *Loi constitutionnelle de 1867* est attributif de privilèges, d’immunités et de pouvoirs au Sénat, je ne vois pas comment le Sénat ou l’un de ses comités c peut être considéré comme un «office fédéral» selon le sens ordinaire des mots utilisés à l’article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Le Sénat, qui est l’une d des chambres du Parlement mentionnées à l’article d 17 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, est un organe qui, avec la Chambre des communes, fait partie intégrante du processus de création des offices fédéraux et, à ce titre, il n’est tout simplement e pas au même niveau que ces entités.

Dans l’arrêt *Chambre des communes c. Conseil canadien des relations du travail*¹⁸, le juge Hugessen, J.C.A., a dit ceci à propos de la Chambre des communes:

Bien que, dans un certain sens, il soit possible de dire que la Chambre des communes est une création de la *Loi constitutionnelle de 1867*, je suis d’avis qu’une telle qualification a pour conséquence de déprécier et la Chambre et la Constitution. La Chambre est beaucoup plus qu’une création de la Constitution: elle en est un élément essentiel en plus d’être l’institution la plus importante de notre système de gouvernement libre et démocratique. Pour sa part, la Constitution est beaucoup plus qu’une loi: elle est la loi fondamentale du pays.¹⁹

Même s’il existe des différences évidentes entre la Chambre des communes et le Sénat, la portée des remarques du juge Hugessen, J.C.A., s’étend au Sénat qui est, lui aussi, beaucoup plus qu’une création de la Constitution. Tout comme la Chambre des communes, le Sénat est un élément central de la Constitution. Le fait de considérer le Sénat comme un office fédéral non seulement a pour effet d’en déprécier le rôle, mais va aussi au-delà

¹⁸ [1986] 2 F.C. 372 (C.A.).

¹⁹ *Id.*, at p. 389.

¹⁸ [1986] 2 C.F. 372 (C.A.).

¹⁹ *Id.*, à la p. 389.

terms.²⁰ In this respect, I agree with Strayer J. that it is not part of normal parlance to speak of the Senate as merely another federal board subject to judicial review jurisdiction.

Nor can I accept that, when Parliament passed the *Federal Court Act* in 1970, it intended to assign to the Federal Court a supervisory judicial review jurisdiction over the Senate, the House of Commons or their committees as “federal boards, commissions or tribunals”. The major purpose of this aspect of the *Federal Court Act* was to transfer the supervisory jurisdiction of federal boards and tribunals from the provincial superior courts to the newly created Federal Court,²¹ and the language in sections 18 and 2 was chosen to effectuate that purpose. To find an intention to confer judicial review jurisdiction over the Houses of Parliament would, as already stated, require clear language to that effect.

I should also add that counsel for the appellant raised another argument worthy of note. He argued that Parliament could not, by incorporating by reference into a federal statute the privileges, immunities and powers already conferred by the Constitution, thereby give to itself the authority to allocate exclusive jurisdiction over such matters to a federally created court. In *Attorney General of Canada et al. v. Law Society of British Columbia et al.*²² Mr. Justice Estey stated:

Any jurisdiction in Parliament for the grant of exclusive jurisdiction to the Federal Court must be founded on exclusive federal powers under s. 91 of the *Constitution Act*. In so far as there is an alleged excess of that jurisdiction by Parliament, s. 101 of the *Constitution Act* cannot be read as the constitutional justification for the exclusion from the superior courts of the jurisdiction to pronounce upon it. [Emphasis added.]²³

²⁰ *The Shorter Oxford English Dictionary* defines “board” as the people who meet at a council table; “commission” as a body of persons charged with some specified function; “tribunal” as a court of justice, a judicial assembly, judicial authority.

²¹ For the comments of the then Minister of Justice, the Hon. John N. Turner on this point, see *House of Commons Debates*, Vol. V, 2nd Sess., 28th Parl. (March 25, 1970), at pp. 5470-5471.

²² [1982] 2 S.C.R. 307.

²³ *Id.*, at pp. 328-329.

du sens ordinaire de ces mots²⁰. À cet égard, je conviens avec le juge Strayer qu’il n’est pas courant de parler du Sénat comme d’un simple office fédéral soumis au contrôle judiciaire.

^a Il m’est également impossible d’admettre que lorsque le Parlement a adopté la *Loi sur la Cour fédérale* en 1970, il avait l’intention de donner à la Cour fédérale un pouvoir de contrôle judiciaire sur le Sénat, la Chambre des communes ou leurs comités, comme s’il s’agissait d’offices fédéraux. Cet aspect de la *Loi sur la Cour fédérale* avait principalement pour but de transférer à la Cour fédérale nouvellement créée²¹ le pouvoir de contrôle qu’exerçaient les cours supérieures des provinces sur les offices fédéraux; les articles 18 et 2 ont donc été libellés en conséquence. Pour pouvoir conclure à l’intention du législateur d’attribuer à la Cour fédérale un pouvoir de contrôle sur les deux chambres du Parlement, il faudrait, comme je l’ai déjà mentionné, que la loi le dise clairement.

J’aimerais aussi ajouter que l’avocat de l’appelant a fait valoir un autre argument digne de mention. Il a soutenu que le Parlement ne pourrait pas, en incorporant par renvoi dans une loi fédérale les privilèges, les immunités et les pouvoirs déjà prévus par la Constitution, se donner le pouvoir d’attribuer une compétence exclusive sur ces questions à une cour créée par une loi fédérale. Dans l’arrêt *Procureur général du Canada et autres c. Law Society of British Columbia et autres*²², le juge Estey a déclaré:

^b Si le Parlement peut attribuer une compétence exclusive à la Cour fédérale, ce n’est qu’en vertu des pouvoirs exclusifs que lui confère l’art. 91 de la *Loi constitutionnelle*. Dans la mesure où on prétend que le Parlement a outrepassé ses pouvoirs à cet égard, l’art. 101 de la *Loi constitutionnelle* ne peut servir de justification pour affirmer que les cours supérieures n’ont pas le pouvoir de se prononcer sur cette question²³. [C’est moi qui souligne.]

²⁰ Selon le *Shorter Oxford English Dictionary*, un «board» (office) désigne les personnes qui se réunissent autour de la table d’un conseil; une «commission» (commission) est un groupe de personnes chargé d’une fonction particulière; un «tribunal» (tribunal) est une cour de justice, une assemblée judiciaire ou une autorité judiciaire.

²¹ On trouvera les remarques du ministre de la Justice de l’époque, l’honorable John N. Turner à ce sujet dans les *Débats de la Chambre des communes*, vol. V, 2^e sess., 28^e Lég. (25 mars 1970), aux p. 5470 et 5471.

²² [1982] 2 R.C.S. 307.

²³ *Id.*, à la p. 329.

Section 101 of the *Constitution Act, 1867*,²⁴ which is the constitutional source of the Federal Court, enables the Parliament of Canada to establish courts “for the better Administration of the Laws of Canada”. It is, according to Estey J. in the *Law Society of British Columbia* decision, only the better administration of “section 91 laws” that is contemplated by section 101 of the *Constitution Act, 1867*; and as the law in dispute herein is not from section 91 but rather section 18, viz. privileges, immunities and powers of the Senate, exclusive jurisdiction cannot be placed on the Federal Court.

This point brings me to the second and third conditions required by the *ITO* case, namely, that 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, and that the law on which the case is based must be a “law of Canada” as the phrase is used in section 101 of the *Constitution Act, 1867*. I realize that I need not discuss these conditions: since all three conditions from the *ITO* case must be met and the first has not been, no further discussion is necessary. However, in view of the importance of the issues before us, I feel obliged to comment.

Mr. Justice Strayer dealt briefly with the two conditions by the following statements:

The federal law in question here is essentially sections 4 and 5 of the *Parliament of Canada Act* as quoted above. Even if some of the law in question has its origins in a kind of common law of Parliament or *lex parliamenti*, Parliament itself by section 5 of the *Parliament of Canada Act* states that:

5. The privileges, immunities and powers held, enjoyed and exercised in accordance with section 4 are part of the general and public law of Canada

It is obvious that this is a valid federal enactment, clearly authorized by section 18 of the *Constitution Act, 1867*, adopting British law as federal law. Thus conditions 2 and 3 for the

²⁴ Section 101 provides as follows:

101. The Parliament of Canada may, notwithstanding anything in this Act, from Time to Time provide for the Constitution, Maintenance, and Organization of a General Court of Appeal for Canada, and for the Establishment of any additional Courts for the better Administration of the Laws of Canada.

L'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*²⁴, qui est le fondement constitutionnel de la Cour fédérale, autorise le Parlement du Canada à créer des tribunaux «pour la meilleure administration des lois du Canada». Comme l'a dit le juge Estey dans l'arrêt *Law Society of British Columbia*, il est uniquement question, à l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, de la meilleure administration des «lois adoptées sous le régime de l'article 91»; et comme la loi en litige ne relève pas de l'article 91, mais de l'article 18, puisqu'il s'agit des privilèges, des immunités et des pouvoirs du Sénat, la Cour fédérale ne peut être investie d'aucune compétence exclusive.

Ce point m'amène aux deuxième et troisième conditions prévues dans l'arrêt *ITO*, à savoir l'existence d'un ensemble de règles de droit fédérales qui soit essentiel à la solution du litige et qui constitue le fondement de l'attribution légale de compétence, et le fait que la loi invoquée doit être une «loi du Canada» au sens où cette expression est employée à l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Je constate que je n'ai nullement besoin d'analyser ces conditions: en effet, comme les trois conditions prévues dans l'arrêt *ITO* doivent être respectées et que la première ne l'est pas, il n'y a pas lieu d'aller plus loin. Toutefois, étant donné l'importance des questions en litige, il m'apparaît important de faire quelques remarques à ce sujet.

Le juge Strayer a parlé brièvement de ces deux conditions dans les termes suivants:

La loi fédérale dont il est question en l'espèce est essentiellement constituée des articles 4 et 5 de la *Loi sur le Parlement du Canada* qui ont été cités plus haut. Même si une partie des règles de droit dont il est question tire son origine d'une sorte de *common law* du Parlement ou *lex parliamenti*, le Parlement lui-même déclare à l'article 5 de la *Loi sur le Parlement du Canada*:

5. Ces privilèges, immunités et pouvoirs sont partie intégrante du droit général et public du Canada

Il est évident que cette disposition est une disposition fédérale valide, qui a été clairement autorisée par l'article 18 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui prévoit l'adoption de la loi

²⁴ L'article 101 dit que:

101. Le parlement du Canada pourra, notwithstanding toute disposition contraire énoncée dans la présente loi, lorsque l'occasion le requerra, adopter des mesures à l'effet de créer, maintenir et organiser une cour général d'appel pour le Canada, et établir des tribunaux additionnels pour la meilleure administration des lois du Canada.

existence of Federal Court jurisdiction are established.²⁵

It is worthwhile to reproduce sections 4 and 5 of the *Parliament of Canada Act*²⁶ in their entirety:

Privileges, Immunities and Powers
Definition

4. The Senate and the House of Commons, respectively, and the members thereof hold, enjoy and exercise

(a) such and the like privileges, immunities and powers as, at the time of the passing of the *Constitution Act, 1867*, were held, enjoyed and exercised by the Commons House of Parliament of the United Kingdom and by the members thereof, in so far as is consistent with that Act; and

(b) such privileges, immunities and powers as are defined by Act of the Parliament of Canada, not exceeding those, at the time of the passing of the Act, held, enjoyed and exercised by the Commons House of Parliament of the United Kingdom and by the members thereof.

5. The privileges, immunities and powers held, enjoyed and exercised in accordance with section 4 are part of the general and public law of Canada and it is not necessary to plead them but they shall, in all courts in Canada, and by and before all judges, be taken notice of judicially.

Although it may be said that the federal law for purposes of the second condition of the *ITO* test is the *Parliament of Canada Act* cited above, I do not find this Act to be a "law of Canada" within the meaning of section 101 of the *Constitution Act, 1867* for purposes of this third condition of *ITO*. This is borne out by section 5 of the *Parliament of Canada Act*.

The purpose of section 5 is twofold: firstly, to declare the parliamentary privileges, immunities and powers part of the general and public law of Canada, and secondly, to make it unnecessary to plead them as judicial notice is to be taken of them. But, declaring them part of the general and public law of Canada is further confirmation that such powers, privileges and immunities are not "laws of Canada" as this phrase is used in section 101 of the *Constitution Act, 1867*. This is even more evident when one looks at the French version of section 5. The expression "*droit général et*

britannique comme loi fédérale. Ainsi les deuxième et troisième conditions d'existence de la compétence de la Cour fédérale se trouvent-elles établies²⁵.

Il est utile de reproduire les articles 4 et 5 de la *Loi sur le Parlement du Canada*²⁶ dans leur intégralité:

Privilèges, immunités et pouvoirs
Nature

4. Les privilèges, immunités et pouvoirs du Sénat et de la Chambre des communes, ainsi que de leurs membres, sont les suivants:

a) d'une part, ceux que possédaient, à l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1867*, la Chambre des communes du Parlement du Royaume-Uni ainsi que ses membres, dans la mesure de leur compatibilité avec cette loi;

b) d'autre part, ceux que définissent les lois du Parlement du Canada, sous réserve qu'ils n'excèdent pas ceux que possédaient, à l'adoption de ces lois, la Chambre des communes du Parlement du Royaume-Uni et ses membres.

5. Ces privilèges, immunités et pouvoirs sont partie intégrante du droit général et public du Canada et n'ont pas à être démontrés, étant admis d'office devant les tribunaux et juges du Canada.

Bien que l'on puisse dire que la loi fédérale servant les fins de la deuxième condition prévue dans l'arrêt *ITO* est la *Loi sur le Parlement du Canada* précitée, je ne considère pas que cette loi est une «loi du Canada» au sens de l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* pour ce qui est de la troisième condition. Cela ressort de l'article 5 de la *Loi sur le Parlement du Canada*.

Cet article a deux objectifs: premièrement, déclarer que les privilèges, immunités et pouvoirs du Parlement sont partie intégrante du droit général et public du Canada et, deuxièmement, disposer qu'ils n'ont pas à être démontrés, vu qu'ils sont admis d'office. Toutefois, le fait de déclarer qu'ils sont partie intégrante du droit général et public du Canada confirme que ces pouvoirs, privilèges et immunités ne sont pas des «lois du Canada» au sens où on l'entend à l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. C'est encore plus évident lorsqu'on lit la version française de l'article 5. À mon

²⁵ At p. 165.

²⁶ R.S.C., 1985, c. P-1. The provisions of the 1985 Revised Statutes are identical to those in effect at the time of the events in question in this case according to Strayer J. (p. 162).

²⁵ À la p. 165.

²⁶ L.R.C. (1985), chap. P-1. Selon le juge Strayer, les dispositions des Lois révisées de 1985 sont identiques à celles qui étaient en vigueur au moment où se sont produits les événements dont il est question en l'espèce (p. 162).

public du Canada” cannot in my view be considered as equivalent to the expression “*des lois du Canada*” used in the unofficial translation of section 101 of the *Constitution Act, 1867*.²⁷ The Constitution of Canada, which includes the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is the most important part of the general and public law of Canada and section 5 of the *Parliament of Canada Act* underlines that parliamentary privileges, powers and immunities are also part of the general and public law of Canada. That being the case, there is no “laws of Canada” within the third condition of *ITO* and therefore no jurisdiction in the Federal Court to entertain the action herein.

In summary, I do not find clear language in the *Federal Court Act* assigning jurisdiction to the Court in an action of the kind before us. In fact, I find the opposite to be the case.²⁸

JURISDICTION OF THE COURTS GENERALLY OVER PARLIAMENTARY PROCEEDINGS

At this point I would in the normal case close by simply stating that the appeal should be allowed and the cross-appeal dismissed. But this is not the normal case, and I would like to offer some comments about the question of the jurisdiction of the courts generally to apply constitutional restraints

²⁷ 101. *Le Parlement du Canada pourra, nonobstant toute disposition contraire énoncée dans la présente loi, lorsque l'occasion le requerra, adopter des mesures à l'effet de créer, maintenir et organiser une cour générale d'appel pour le Canada, et établir des tribunaux additionnels pour la meilleure administration des lois du Canada.* [Footnote omitted.]

²⁸ I note that Bill C-38, An Act to amend the *Federal Court Act*, etc., 2nd Sess., 34th Parl., Eliz. II, 1989-90 assented to March 29, 1990, by section 1 thereby, adds a provision to the definition of “federal board, commission or other tribunal” in the present Act to the following effect:

2. ...

- (2) For greater certainty, the expression “federal board, commission or other tribunal”, as defined in subsection (1), does not include the Senate, the House of Commons or any committee or any member of either House. [Emphasis added.]

Counsel for the parties tried to exploit this amendment for their own ends but I refrain from comment in view of the conclusion I arrive at on the main question of jurisdiction.

sens, on ne peut pas considérer l'expression «droit général et public du Canada» comme l'équivalent de l'expression «des lois du Canada» utilisée dans la traduction non officielle de l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.²⁷ La Constitution du Canada, qui comprend la *Charte canadienne des droits et libertés*, constitue la partie la plus importante du droit général et public du Canada, et l'article 5 de la *Loi sur le Parlement du Canada* précise que les privilèges, immunités et pouvoirs du Parlement font aussi partie du droit général et public du Canada. Pour cette raison, il n'y a pas de «lois du Canada» au sens où on l'entend dans la troisième condition de l'arrêt *ITO* et, partant, la Cour fédérale n'a pas la compétence voulue pour connaître de la présente action.

En résumé, je ne vois rien dans le libellé de la *Loi sur la Cour fédérale* qui attribue clairement à la Cour la compétence nécessaire pour instruire une affaire comme celle dont elle est saisie. Je suis plutôt convaincu du contraire.²⁸

COMPÉTENCE DES TRIBUNAUX EN GÉNÉRAL À L'ÉGARD DES TRAVAUX PARLEMENTAIRES

En temps normal, je m'arrêteraï ici en disant que l'appel devrait être accueilli et que l'appel incident devrait être rejeté. Toutefois, il ne s'agit pas d'une affaire ordinaire, et j'aimerais ajouter quelques commentaires au sujet de la compétence des tribunaux en général pour appliquer les limites

²⁷ 101. *Le parlement du Canada pourra, nonobstant toute disposition contraire énoncée dans la présente loi, lorsque l'occasion le requerra, adopter des mesures à l'effet de créer, maintenir et organiser une cour générale d'appel pour le Canada, et établir des tribunaux additionnels pour la meilleure administration des lois du Canada.* [Référence omise.]

²⁸ Je note que l'article 1 du projet de loi C-38, *Loi modifiant la Loi sur la Cour fédérale*, etc., 2^e sess., 34^e Lég. Eliz. II, 1989-90, sanctionné le 29 mars 1990, modifie par adjonction la définition d'«office fédéral» qui figure dans la Loi:

2. ...

- (2) Il est entendu que sont également exclus de la définition d'«office fédéral» le Sénat et la Chambre des communes ou tout comité ou membre de l'une ou l'autre chambre. [C'est moi qui souligne.]

Les procureurs des parties ont tenté de tirer parti de cette modification, mais je m'abstiens de tout commentaire étant donné la conclusion à laquelle j'arrive sur la question principale de la compétence.

to the exercise of privileges by the Senate or one of its committees. Counsel for the appellant at the hearing and in written argument appeared to concede that any jurisdiction in this respect was in the superior courts of the provinces created by statutes pursuant to head 14 of section 92 of the *Constitution Act, 1867*.²⁹

Strayer J. was of the opinion that courts had such a jurisdiction and found, in particular, that the adoption of the Charter fundamentally altered the nature of the Canadian Constitution such that it is no longer "similar in Principle to that of the United Kingdom" as is stated in the preamble to the *Constitution Act, 1867*.³⁰ Accepting as we must that the adoption of the Charter transformed to a considerable extent our former system of Parliamentary supremacy into our current one of constitutional supremacy, as former Chief Justice Dickson described it,³¹ the sweep of Strayer J.'s comment that our Constitution is no longer similar

que la Constitution impose à l'exercice des privilèges attribués au Sénat ou à l'un de ses comités. Dans sa plaidoirie et dans son argumentation écrite, l'avocat de l'appellant a semblé concéder a que toute compétence à cet égard était dévolue aux cours supérieures des provinces créées par des lois adoptées sous le régime de la rubrique 14 de l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.²⁹

b Le juge Strayer a déclaré que les tribunaux possédaient une telle compétence et a conclu, plus précisément, que l'adoption de la Charte a fondamentalement modifié la nature de la Constitution canadienne; celle-ci n'est plus «semblable dans son c principe à celle du Royaume-Uni», comme on le précise dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*.³⁰ Puisque nous devons convenir que l'adoption de la Charte a transformé dans une large mesure l'ancien régime de suprématie parlementaire en un régime de suprématie constitutionnelle, comme l'a qualifié l'ancien juge en chef d Dickson³¹, la portée de la remarque du juge

²⁹ However, as mentioned above, counsel for the appellant also argued Strayer J. erred in purporting to determine jurisdiction of courts generally on questions raised on the statement of claim. I do not think Strayer J. was wrong in considering the question especially since he found that a major part of the submission of counsel for the appellant was to the effect that no courts had jurisdiction to apply the Charter to the Senate or one of its committees. That is borne out by appellant's notice of motion seeking dismissal of the action: Appeal Book, at p. 2.

³⁰ At p. 156. Strayer, J. also found inapplicable section 9 of *The Bill of Rights* (1688) [1 Wm. III & Mary, 2nd sess., c. 2 (Imp.)] which provided that freedom of speech and debates or proceedings in Parliament ought not to be impeached or questioned in any court or place out of Parliament. He pointed out that courts in the United Kingdom and Canada have, in spite of section 9 of *The Bill of Rights*, reviewed the exercise of alleged parliamentary privileges where that exercise has impinged on the rights of individuals, citing *Stockdale v. Hansard*, *Kielley v. Carson*, *Landers et al. v. Woodworth*; *supra* note 17.

³¹ The Rt. Hon. R. G. B. Dickson, "Keynote Address", in *The Cambridge Lecture 1985* (F. McCardle, ed.), 1, at p. 4. Chief Justice Dickson stated, of course, that Parliamentary supremacy was preserved to a limited extent by the "non obstante" provision of section 33 of the Charter. He also noted that the British Constitution involves the interplay of three unwritten principles: the sovereignty of the Crown, the rule of law protected by an independent judiciary, and the supremacy of Parliament. The Chief Justice pointed out that even before the Charter, Parliamentary supremacy in the British sense was never absolute in Canada. *Id.* at pp. 2-3.

²⁹ Toutefois, comme je l'ai mentionné plus haut, l'avocat de l'appellant a également soutenu que le juge Strayer avait commis une erreur en prétendant définir la compétence des tribunaux en général à l'égard des questions soulevées dans la déclaration. Je ne pense pas que le juge ait eu tort d'examiner cette question, d'autant plus qu'il a conclu que l'argument de l'avocat de l'appellant consistait principalement à affirmer qu'aucun tribunal n'était compétent pour appliquer la Charte au Sénat ou à l'un de ses comités. Cela ressort de l'avis de requête de l'appellant demandant le rejet de l'action: Dossier d'appel, à la p. 2.

³⁰ À la p. 156. Le juge Strayer a également jugé inapplicable l'article 9 du *Bill of Rights* (1688) [1 Wm. III & Mary, 2^e sess., chap. 2 (Imp.)], qui dispose que la liberté de parole et les débats ou les travaux au sein du Parlement ne doivent être contestés devant aucun tribunal ni ailleurs qu'au Parlement. Il a souligné que les tribunaux du Royaume-Uni et du Canada avaient, malgré l'existence de l'article 9 du *Bill of Rights*, révisé les actes posés dans l'exercice de prétendus privilèges du Parlement lorsque cet exercice empiétait sur des droits individuels, et il a cité à cet égard les arrêts *Stockdale v. Hansard*, *Kielley v. Carson* et *Landers et al. v. Woodworth*, précités, note 17.

³¹ Le très honorable R. G. B. Dickson, «Keynote Address», dans *The Cambridge Lectures 1985* (F. McCardle éd.), 1, à la p. 4. Le juge en chef Dickson a dit que la suprématie du Parlement était protégée dans une certaine mesure par la clause dérogatoire de l'article 33 de la Charte. Il a également noté que la Constitution britannique met en jeu trois principes non écrits: la souveraineté de la Couronne, la primauté du droit, qui est protégée par un organe judiciaire indépendant, et la suprématie du Parlement. Le juge en chef a souligné que même avant l'adoption de la Charte, la suprématie du Parlement au sens où on l'entend en Grande-Bretagne n'avait jamais été absolue au Canada. *Id.*, aux p. 2 et 3.

in principle to that of the United Kingdom is rather wide. Granted much has changed in the new constitutional world of the Charter. But just as purists of federalism have learned to live with the federalist constitution that Canada adopted in 1867 based on principles of parliamentary government in a unitary state such that the United Kingdom was and continues to be, so it seems to me that the British system of constitutional government will continue to co-exist alongside the Charter if not entirely, which it never did, but certainly in many important respects. The nature of scope of this co-existence will depend naturally on the jurisprudence that results from the questions brought before the courts.

Strayer J. was of the view that paragraph 32(1)(a) of the Charter³² makes it clear that in referring expressly to Parliament, the restraints of the Charter are imposed on the constitutional elements of Parliament in the same way as the reference to "government", in the same section makes the Charter binding on every component and officer of government while acting as such.³³ In this connection, one learned commentator has stated that the supremacy of the Charter applies to the Senate and the House of Commons with respect to every action taken by them:

... by virtue of their traditional rights and privileges, which affects individual rights. Thus [the *Charter*] would apply, for example, to the penal sanctions which may be imposed on a person found guilty of contempt of Parliament. The Charter applies to Parliament in the exercise of its legislative power. It would be incongruous if the Houses of Parliament could ignore

Strayer voulant que notre Constitution ne soit plus semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni est plutôt vaste. Certes, beaucoup de choses ont changé sur le plan constitutionnel depuis l'adoption de la Charte. Cependant, si les tenants d'un fédéralisme pur ont appris à vivre avec la constitution fédéraliste dont le Canada s'est doté en 1867 en s'inspirant des principes de gouvernement parlementaire régissant l'État unitaire qu'était et qu'est encore le Royaume-Uni, il me semble que le régime britannique de gouvernement constitutionnel continuera de coexister avec la Charte, sinon dans son intégralité, ce qui n'a d'ailleurs jamais été le cas, au moins sous bien des aspects importants. La nature et l'étendue de cette coexistence dépendront évidemment des décisions que rendront les tribunaux à propos des questions dont ils seront saisis.

Le juge Strayer a également déclaré que l'alinéa 32(1)a) de la Charte³², par sa mention expresse du Parlement, impose les limites de la Charte aux éléments constitutifs du Parlement, de la même manière que la mention du mot «gouvernement» dans cet article rend la Charte applicable à chaque composante et à chaque fonctionnaire du gouvernement agissant en cette qualité³³. À cet égard, un éminent auteur a affirmé que l'emprise de la Charte s'étend au Sénat et à la Chambre des communes, quelle que soit l'action prise par eux:

... en vertu des droits et attributions traditionnellement reconnus à ces deux Chambres et affectant les droits individuels. Il pourrait en être ainsi, à titre d'exemple, des sanctions à caractère pénal qu'elles pourraient infliger à une personne reconnue coupable de «mépris de Parlement». La *Charte canadienne* s'applique au Parlement dans l'exercice de son pouvoir législa-

³² Paragraph 32(1)(a) of the Charter states:

32. (1) This Charter applies

(a) to the Parliament and government of Canada in respect of all matters within the authority of Parliament including all matters relating to the Yukon Territory and Northwest Territories; and

³³ At p. 159, Strayer J. noted that the Supreme Court of Canada, by virtue of section 32 of the Charter, had little difficulty finding the Charter applicable to the exercise of the royal prerogative in *Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441, at pp. 463-464.

³² L'alinéa 32(1)a) de la Charte dispose que:

32. (1) La présente charte s'applique:

a) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest;

³³ À la p. 159. Le juge Strayer a noté que la Cour suprême du Canada a conclu sans difficulté que, par l'effet de l'article 32, la Charte s'appliquait à l'exercice de la prérogative royale dans l'arrêt *Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441, aux p. 463 et 464.

the Charter in circumstances where their non-legislative actions violate fundamental values protected by the Charter.³⁴

However, there are questions and arguments to the contrary. For example, as noted already, paragraph 32(1)(a) of the Charter applies to Parliament, which by section 17 of the *Constitution Act, 1867* means all three components of the House of Commons, the Senate and Her Majesty the Queen. But does paragraph 32(1)(a) apply where only one of the House of Commons and the Senate (or one of its committees) is involved?³⁵ Do the provisions of the Charter not apply because another pre-existing section of the *Constitution Act, 1867*, namely section 18, expressly confers privileges, powers and immunities on the House of Commons and the Senate?³⁶ What is the relevance in the Charter era of the jurisprudence to the effect that courts have been reluctant to interfere with the internal proceedings of Parliament (assuming only such proceedings were involved herein)?³⁷

Obviously this issue is very important; but because it was not the focus of argument before us and is not necessary to the disposition of the appeal, I shall say no more on the matter.

³⁴ R. Tassé, "Application of the Canadian Charter of Rights and Freedoms", in *The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2nd ed. 1989) Beaudoin and Ratushny, eds. 65, at pp. 71-72.

³⁵ This question is raised by R. Tassé, *id.*, at p. 71.

³⁶ See: *Reference Re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148. Strayer J. rejected this argument saying that the Charter must be taken to have superseded any implied constitutional immunity from judicial review of Parliamentary organs regarding alleged privileges at least where such exercise is said to infringe individual rights and freedoms guaranteed by the Charter (p. 157).

³⁷ For a recent example, see *MacLean v. Nova Scotia (Attorney General)* (1987), 76 N.S.R. (2d) 296 (S.C.). Glube C.J. stated that the power to expel a member by a resolution passed by the legislative assembly would normally not be reviewable by the court: *id.*, at p. 304. However, Chief Justice Glube went on to review and uphold under the Charter a provision in a statute passed by the Nova Scotia House of Assembly dealing with expulsion of a member.

tif. Il serait incongru que les Chambres ne soient pas tenues d'en respecter les dispositions lorsque leurs actions non-législatives [sic] portent atteinte aux valeurs fondamentales protégées par la Charte³⁴.

a Toutefois, cette affirmation soulève des questions et suscite des arguments contraires. À titre d'exemple, comme je l'ai déjà mentionné, l'alinéa 32(1)a) de la Charte s'applique au Parlement qui, aux termes de l'article 17 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, comprend les trois composantes que sont la Chambre des communes, le Sénat et Sa Majesté la Reine. Mais l'alinéa 32(1)a) s'applique-t-il lorsque la Chambre des communes ou le Sénat pris séparément (ou l'un de ses comités) est en cause³⁵? L'application des dispositions de la Charte est-elle écartée parce qu'un autre article préexistant de la *Loi constitutionnelle de 1867*, à savoir l'article 18, attribue expressément des privilèges, des immunités et des pouvoirs à la Chambre des communes et au Sénat³⁶? En cette ère de Charte, quelle est l'incidence de la jurisprudence affirmant la réticence des tribunaux à s'ingérer dans les travaux de nature interne du Parlement (en supposant que de tels travaux soient en cause en l'espèce)³⁷?

f De toute évidence, il s'agit d'une question très importante. Toutefois, comme elle n'était pas au cœur des arguments qui nous ont été soumis et qu'elle n'est pas essentielle au règlement de l'appel, je n'en dirai pas plus long là-dessus.

³⁴ R. Tassé, «Application de la Charte canadienne des droits et libertés», dans *Charte canadienne des droits et libertés* (2^e éd. 1989), Beaudoin et Ratushny, éd. 77, à la p. 84.

³⁵ Cette question est soulevée par R. Tassé, *id.*, à la p. 83.

³⁶ Voir *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148. Le juge Strayer a rejeté cet argument en disant que la Charte doit être considérée comme ayant remplacé toute immunité constitutionnelle implicite empêchant la révision judiciaire de l'exercice, par les organes du Parlement, de ce qui serait leurs privilèges, à tout le moins lorsqu'on considère que cet exercice enfreint des droits et libertés individuels garantis par la Charte (p. 157).

³⁷ Pour un exemple récent, voir l'arrêt *MacLean v. Nova Scotia (Attorney General)* (1987), 76 N.S.R. (2d) 296 (C.S.) dans lequel le juge en chef Glube a dit que le pouvoir d'expulser un député au moyen d'une résolution adoptée par l'Assemblée législative ne pourrait normalement pas être révisé par les tribunaux: *id.*, à la p. 304. Néanmoins, le juge en chef Glube a par la suite révisé et confirmé en vertu de la Charte une disposition législative adoptée par l'Assemblée législative de la Nouvelle-Écosse portant sur l'expulsion d'un député.

DISPOSITION

In conclusion I would allow the appeal, and dismiss the cross-appeal. I would also set aside the order dated June 8, 1989 of Mr. Justice Strayer in so far as it dismissed the appellant's motion to dismiss, and rendering the judgment that ought to have been made by him, dismiss the action of the respondents.

STONE J.A.: I agree.

DÉCARY J.A.: I agree.

DISPOSITIF

En conclusion, j'accueillerais l'appel et je rejetterais l'appel incident. J'annulerais aussi l'ordonnance en date du 8 juin 1989 rendue par le juge Strayer dans la mesure où elle rejetait la requête de l'appelant tendant au rejet de l'action et, rendant le jugement qu'il aurait dû rendre, je rejetterais l'action des intimés.

a LE JUGE STONE, J.C.A.: J'y souscris.

b LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: J'y souscris.

T-2963-89

T-2963-89

CTV Television Network Ltd. (*Applicant*)

v.

Copyright Board and Performing Rights Organization of Canada Limited, and Composers, Authors and Publishers Association of Canada Limited (*Respondents*)*INDEXED AS: CTV TELEVISION NETWORK LTD. v. CANADA (COPYRIGHT BOARD) (T.D.)*

Trial Division, Cullen J.—Toronto, February 14, 15, 16; Ottawa, April 12, 1990.

Copyright — Application to prohibit Copyright Board from considering network tariff of royalties for TV performances of dramatico-musical or musical works — Whether Board exceeding jurisdiction — Such tariff denied in 1968 S.C.C. case — Recent statutory amendments cosmetic, not expanding Board's role — Neither s. 49 nor 50.1 availing respondents.

This was an application for a writ of prohibition to prohibit the Copyright Board from taking any further proceedings leading to consideration, adoption or publication of tariff 2.A.2 in connection with commercial television network transmission pursuant to respondent performing societies' statements of proposed royalties, on the ground that the Board lacked jurisdiction. While individual stations pay royalties based on their advertising revenues, it was estimated that millions of dollars of advertising revenues received by the network are not taken into account for royalty purposes by CTV. In seeking a network tariff to provide compensation for performances or communication by telecommunications of dramatico-musical or musical works in which they owned performance rights, the Societies argued that legislative changes had given an expanded jurisdiction to the Copyright Board and that a 1968 Supreme Court of Canada case no longer supported denial of the proposed tariff.

Held, the application should be granted.

Recent amendments to the Act in relation to the Copyright Board were cosmetic and would not lead to a different conclusion than that in *Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Limited v. CTV Television Network Limited et al.*, [1968] S.C.R. 676 ("CAPAC"). The amendments merely streamlined the procedure, increased staff and made the process more administratively efficient in dealing with an increased workload.

The *Copyright Act* established the Board as a regulatory agency with power only to set rates and Parliamentary intention had not expanded that role. *Posen v. Minister of Consumer and Corporate Affairs Canada*, [1980] 2 F.C. 259 (C.A.) is

CTV Television Network Ltd. (*requérante*)

c.

a Commission du droit d'auteur, Société de droits d'exécution du Canada Limitée et Association des compositeurs, auteurs et éditeurs du Canada Limitée (*intimées*)**b RÉPERTORIÉ: CTV TELEVISION NETWORK LTD. c. CANADA (COMMISSION DU DROIT D'AUTEUR) (1^{re} INST.)**

Section de première instance, juge Cullen—Toronto, 14, 15, 16 février; Ottawa, 12 avril 1990.

c Droit d'auteur — Demande visant à faire interdire à la Commission du droit d'auteur d'examiner le tarif de droits à payer à l'égard de l'exécution télédiffusée d'œuvres dramatico-musicales ou musicales — La Commission a-t-elle excédé sa compétence? — Un tarif de ce genre a été refusé dans un jugement rendu en 1968 par la C.S.C. — Les modifications législatives récemment effectuées sont superficielles, et n'ont pas pour effet d'élargir le rôle de la Commission — Les intimées ne peuvent pas se prévaloir de l'art. 49 ou 50.1.

Il s'agit d'une demande en vue de l'obtention d'un bref de prohibition visant à faire interdire à la Commission du droit d'auteur de prendre d'autres mesures qui pourraient conduire à l'examen, à l'adoption ou à la publication du tarif 2.A.2 en ce qui concerne les transmissions effectuées par le réseau commercial de télévision conformément aux projets de tarif des sociétés d'exécution intimées, pour le motif que la Commission n'a pas compétence. Les stations individuelles versent des droits calculés selon les recettes publicitaires, mais il est estimé que des millions de dollars de recettes touchées par le réseau ne sont pas pris en considération en vue du paiement des droits par CTV. En demandant un tarif applicable au réseau leur permettant d'être indemnisées pour l'exécution ou la communication par télécommunication d'œuvres dramatico-musicales ou musicales sur lesquelles elles ont un droit d'exécution, les sociétés soutiennent que les modifications législatives ont eu pour effet d'élargir la compétence de la Commission du droit d'auteur et que le jugement rendu par la Cour suprême du Canada en 1968 n'appuie plus le rejet du projet de tarif.

h Jugement: la demande devrait être accueillie.

Les modifications récemment apportées à la Loi en ce qui concerne la Commission du droit d'auteur sont superficielles et ne permettraient pas d'en arriver à une conclusion différente de celle qui a été tirée dans l'affaire *Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Limited v. CTV Television Network Limited et al.*, [1968] R.C.S. 676 ("CAPAC"). Les modifications ne faisaient que rationaliser la procédure, augmenter le personnel et rendre le processus plus efficace sur le plan administratif pour faire face à une charge de travail de plus en plus lourde.

La Commission a été créée en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur*; il s'agit d'un organisme de réglementation ayant uniquement le pouvoir de fixer les tarifs. Le législateur fédéral n'avait pas l'intention de lui donner un rôle plus étendu.

still good law. The purpose and function of the Copyright Board is different from bodies such as the Canadian Human Rights Commission or the Canadian Labour Relations Board which have statutory power to decide their own jurisdiction.

The respondent societies could not file the proposed tariff under section 49 of the Act as it does not deal with a performing right. In *CAPAC*, the Supreme Court of Canada noted that what was communicated by the CTV Network to its affiliated stations was not "the musical works" but "a performance of the works". Inserting the word "telecommunication" into the Act did not change that decision.

Section 50.1 was not available to the respondent Societies as existing performing societies are specifically excluded thereunder as not being "licensing bodies". Even if the respondent societies were licensing bodies within the meaning of section 50.1, they had not met all necessary pre-conditions in the Act for filing the tariff as they had not attempted to reach a negotiated settlement regarding royalties as implied by section 50.2.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- An Act to amend the Copyright Act and to amend other Acts in consequence thereof*, S.C. 1988, c. 15.
Canada Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33.
Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 15, 16.
Canada-United States Free Trade Agreement Implementation Act, S.C. 1988, c. 65, ss. 61-65.
Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 41.
Copyright Act, R.S.C. 1970, c. C-30, ss. 3(1)(f) (as am. by S.C. 1988, c. 65, s. 62(1)), 3(1.4) (as added *idem* s. 62(2)), 49 (as am. by S.C. 1988, c. 15, s. 12), 50 (as am. *idem*, s. 13), 50.1 (as added *idem*, s. 14), 50.2 (as added *idem*).
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

FOLLOWED:

- Posen v. Minister of Consumer and Corporate Affairs Canada*, [1980] 2 F.C. 259 (C.A.).

CONSIDERED:

- Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Limited v. CTV*, [1968] S.C.R. 676.

L'affaire *Posen c. Ministre de la Consommation et des Corporations du Canada*, [1980] 2 C.F. 259 (C.A.) fait encore autorité. L'objet et la fonction de la Commission du droit d'auteur diffèrent de ceux d'organismes comme la Commission canadienne des droits de la personne ou du Conseil canadien des relations du travail, auxquels la loi confère le pouvoir de déterminer leur propre compétence.

Les sociétés intimées ne peuvent pas déposer le projet de tarif en vertu de l'article 49 de la Loi étant donné qu'il n'a pas trait à un droit d'exécution. Dans l'affaire *CAPAC*, la Cour suprême du Canada a fait remarquer que ce que le réseau CTV communiquait à ses stations affiliées n'était pas une «œuvre musicale», mais l'«exécution d'une œuvre». Le fait que l'expression «télécommunication» a été insérée dans la Loi n'a rien changé à ce jugement.

Les intimées ne peuvent pas se prévaloir de l'article 50.1, étant donné que les sociétés d'exécution existantes sont expressément exclues par la Loi pour le motif qu'il ne s'agit pas de «sociétés de gestion». Même si les intimées étaient de telles sociétés au sens de l'article 50.1, elles ne satisfont pas à toutes les conditions préalables établies par la Loi en vue du dépôt du tarif étant donné qu'elles n'ont pas essayé d'en arriver à une entente négociée au sujet des droits comme l'article 50.2 le sous-entend.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), chap. L-2, art. 15, 16.
Loi canadienne sur les droits de la personne, S.C. 1976-77, chap. 33.
Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), chap. H-6, art. 41.
Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis d'Amérique, L.C. 1988, chap. 65, art. 61-65.
Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur et apportant des modifications connexes et corrélatives, L.C. 1988, chap. 15.
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28.
Loi sur le droit d'auteur, S.R.C. 1970, chap. C-30, art. 3(1)f) (mod. par L.C. 1988, chap. 65, art. 62(1)), 3(1.4) (ajouté, *idem*, art. 62(2)), 49 (mod. par L.C. 1988, chap. 15, art. 12), 50 (mod., *idem*, art. 13), 50.1 (ajouté, *idem*, art. 14), 50.2 (ajouté, *idem*).

JURISPRUDENCE

DÉCISION SUIVIE:

- Posen c. Ministre de la Consommation et des Corporations du Canada*, [1980] 2 C.F. 259 (C.A.).

DÉCISION EXAMINÉE:

- Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Limited v. CTV*, [1968] R.C.S. 676.

REFERRED TO:

Canadian Football League v. Canadian Human Rights Commission, [1980] 2 F.C. 329 (T.D.).

DÉCISION CITÉE:

La Ligue canadienne de football c. La Commission canadienne des droits de la personne, [1980] 2 C.F. 329 (1^{re} inst.).

COUNSEL:

Gordon J. Zimmerman and Gayle Pinheiro for applicant.

T. Gregory Kane and C. Craig Parks for respondent Copyright Board.

Y. A. George Hynna, C. Paul Spurgeon and Andrea F. Rush for respondents Performing Rights Organization of Canada and Composers, Authors and Publishers Association of Canada Ltd.

SOLICITORS:

Borden & Elliott, Toronto, for applicant.

Stikeman, Elliott, Ottawa, for respondent Copyright Board.

Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, for respondents Performing Rights Organization of Canada and Composers, Authors and Publishers Association of Canada Ltd.

The following are the reasons for order rendered in English by

CULLEN J.: This is an application for a writ of prohibition against the respondent Copyright Board to prohibit the Copyright Board from taking any further proceedings which might lead to the consideration, adoption or publication of Tariff 2.A.2.

On February 21, 1990 an order was granted by this Court to stay the Copyright Board from any consideration or publication of any proposed tariff for the collection of fees or royalties by the Performing Rights Organization of Canada Limited and Composers, Authors and Publishers Association of Canada Limited filed pursuant to the provisions of section 50 (s. 70)¹ of the *Copyright Act* [R.S.C. 1970, c. C-30 (as am. by S.C. 1988, c. 15, ss. 13, 14)] until a final decision of this Court,

¹ The section numbers appearing in brackets refer to the numbering sequence used in the proposed amendments, and were referred to by counsel during the course of the hearing of the motion.

a AVOCATS:

Gordon J. Zimmerman et Gayle Pinheiro pour la requérante.

T. Gregory Kane et C. Craig Parks pour la Commission du droit d'auteur, intimée.

Y. A. George Hynna, C. Paul Spurgeon et Andrea F. Rush pour la Société de droits d'exécution du Canada Limitée et pour l'Association des compositeurs, auteurs et éditeurs du Canada Limitée, intimées.

PROCUREURS:

Borden & Elliott, Toronto, pour la requérante.

Stikeman, Elliott, Ottawa, pour la Commission du droit d'auteur, intimée.

Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, pour la Société de droits d'exécution du Canada Limitée et pour l'Association des compositeurs, auteurs et éditeurs du Canada Limitée, intimées.

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

LE JUGE CULLEN: La Cour est saisie d'une requête en bref de prohibition visant à faire interdire à la Commission du droit d'auteur intimée de prendre d'autres mesures qui pourraient conduire à l'examen, à l'adoption ou à la publication du tarif 2.A.2.

Le 21 février 1990, la Cour a prononcé une ordonnance interdisant à la Commission du droit d'auteur d'examiner ou de publier tout projet de tarif de droits ou tantièmes à percevoir par la Société de droits d'exécution du Canada Limitée et l'Association des compositeurs, auteurs et éditeurs du Canada Limitée déposé conformément aux dispositions de l'article 50 (art. 70)¹ de la *Loi sur le droit d'auteur* [S.R.C. 1970, chap. C-30 (mod. par L.C. 1988, chap. 15, art. 13, 14)] jusqu'à ce que la

¹ Les numéros d'articles qui apparaissent entre parenthèses renvoient à la numérotation utilisée dans les modifications proposées et ont été utilisés par les avocats au cours de l'audition de la requête.

including the Federal Court of Appeal.

The applicant, CTV Television Network Ltd. (hereinafter referred to as "CTV") is a privately owned broadcasting network involved in the development, distribution, and communication of entertainment programming to its affiliated stations across Canada. The respondent Copyright Board (hereinafter referred to as the "Board") is a regulatory tribunal established pursuant to the *Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42 (hereinafter referred to as the "Act"). The respondents, Performing Rights Organization of Canada Limited ("PROCAN") and Composers, Authors and Publishers Association of Canada Limited ("CAPAC") (CAPAC and PROCAN hereinafter referred to collectively as the "Societies") are performing right societies which own the performance rights to a wide variety of musical works in Canada. These two bodies are currently in the process of merging, and carry on the business of collective administration of performing rights on behalf of composers, authors, and publishers of musical or dramatico-musical works.

On September 1, 1989 the Societies filed with the Board statements of proposed royalties to collect compensation for the performance or the communication by telecommunication in Canada of dramatico-musical or musical works in which the Societies owned the performance rights. Included in the proposed statements were Tariff 2.A.1 which applied to television stations, and Tariff No. 2.A.2 which applied to commercial television networks. It is Tariff 2.A.2 which is the cause for concern in this case.

To best understand the issue at hand, it is necessary to look at the existing relationship between networks and performing societies. The CTV network provides programming to affiliated television broadcasting stations. The programming which CTV provides to its affiliated stations is either produced by CTV, acquired from Canadian and foreign producers, or acquired from their affiliate stations for distribution throughout the network. CTV then distributes it to its affiliate stations using the facilities of telecommunications carriers (i.e. Bell Canada or Telesat Canada), over scrambled satellite signals. The receiving stations

Cour, y compris la Cour d'appel fédérale, ait rendu une décision définitive.

La requérante, CTV Television Network Ltd. (ci-après appelée «CTV») est un réseau de télévision privé qui élabore, distribue et communique des émissions de divertissement à ses stations affiliées situées d'un bout à l'autre du Canada. La Commission du droit d'auteur intimée (ci-après appelée «la Commission») est un tribunal réglementaire constitué en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), chap. C-42 (ci-après appelée «la Loi»). Les intimées, la Société de droits d'exécution du Canada Limitée («PROCAN») et l'Association des compositeurs, auteurs et éditeurs du Canada Limitée («CAPAC») (ci-après appelées collectivement «les sociétés») sont des sociétés de droits d'exécution qui sont titulaires des droits d'exécution d'un grand nombre d'œuvres musicales au Canada. Ces deux organismes sont actuellement en voie de fusionner et ils se livrent à la gestion collective de droits d'exécution pour le compte de compositeurs, auteurs et éditeurs d'œuvres musicales ou dramatico-musicales.

Le 1^{er} septembre 1989, les sociétés ont déposé auprès de la Commission des projets de tarifs de droits à percevoir pour l'exécution ou la communication au Canada par télécommunication d'œuvres musicales ou dramatico-musicales sur lesquelles les sociétés possèdent des droits d'exécution et de représentation. Les projets de tarifs comprenaient le tarif 2.A.1 qui s'applique aux stations de télévision, et le tarif 2.A.2., qui s'applique aux réseaux commerciaux de télévision. C'est le tarif 2.A.2 qui est en cause en l'espèce.

Pour mieux comprendre la question en litige, il est nécessaire d'examiner les rapports qui existent entre les réseaux et les sociétés de droits d'exécution. Le réseau CTV fournit des émissions à des stations de télévision affiliées. Les émissions que CTV fournit à ses stations affiliées sont produites par CTV, achetées à des producteurs canadiens ou étrangers, ou achetées à leurs stations affiliées pour être distribuées sur tout le réseau. CTV les distribue ensuite à ses stations affiliées en se servant des installations d'entreprises de télécommunication (c.-à-d., Bell Canada ou Telesat Canada) sur des signaux par satellite codés. Les stations

communicate the works to the public by telecommunication via broadcasting transmitters.

The reason that this sequence of transmission is so important is its relationship to the payment of royalties for the use of musical works. Individual stations pay royalties to performing societies calculated as a percentage of the gross advertising revenues of each station. However, a substantial amount of advertising revenue received by television networks are not subject to royalties. Michael Rock, General Manager of CAPAC estimated that CTV's advertising revenues are many millions of dollars per year, and that much of this revenue is never taken into account for royalty purposes.

This is in no way a new occurrence. These very performing societies were denied a similar network tariff by the Supreme Court of Canada in the case of *Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Limited v. CTV (Television Network Limited et al., [1968] S.C.R. 676 (CAPAC v. CTV))*. When recent amendments were made to the Act, the Societies again applied to fix a tariff to collect royalties pertaining to networks (the proposed Tariff 2.A.2). The Societies asked the Board to certify its approval of the tariff for network transmissions. The applicant has challenged this request, contending that the Copyright Board does not have jurisdiction under the Act to consider Tariff 2.A.2.

Upon an application for prohibition, the sole issue to be determined is whether the inferior tribunal had the power to do that which it purported to do. By the arguments presented by all the parties involved, it does not appear to be in dispute that this Court can issue an order of prohibition, if the Copyright Board has in fact exceeded its jurisdiction. Therefore the Court must determine if this Board has exceeded its jurisdiction.

The applicant has argued that the Board should be prohibited from proceeding with any further proceedings on proposed Tariff 2.A.2. as it has

réceptrices diffusent les œuvres au public par télécommunication par l'entremise de postes émetteurs.

L'importance de cette séquence de transmission s'explique par le rapport qui existe entre celle-ci et le versement des droits pour l'utilisation d'œuvres musicales. Les stations individuelles versent aux sociétés de droits d'exécution des droits calculés selon un pourcentage des recettes publicitaires brutes de chaque station. Cependant, une partie importante des recettes publicitaires que touchent les réseaux de télévision sont exemptes de droits. Michael Rock, le directeur général de CAPAC, a évalué à de nombreux millions de dollars par année les recettes publicitaires de CTV, et s'est dit d'avis qu'on ne tient jamais compte d'une grande partie de ces recettes pour les fins des droits à payer.

La situation n'a rien de nouveau. Les mêmes sociétés de droits d'exécution se sont vu refuser un tarif de réseau semblable par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Limited v. CTV (Television Network Limited et al., [1968] R.C.S. 676 (CAPAC v. CTV))*. À la suite des modifications récentes apportées à la Loi, les sociétés ont à nouveau présenté une demande de fixation de tarif en vue de percevoir des droits se rapportant aux réseaux (le projet de tarif 2.A.2). Les sociétés ont demandé à la Commission d'homologuer le tarif applicable aux transmissions effectuées dans le cadre d'un réseau. La requérante a contesté cette demande en prétendant que la Commission du droit d'auteur n'a pas compétence en vertu de la Loi pour examiner le tarif 2.A.2.

Dans le cas d'une requête en bref de prohibition, la seule question à trancher est celle de savoir si le tribunal inférieur avait le pouvoir de faire ce qu'il a prétendu faire. D'après les prétentions formulées par toutes les parties en cause, il ne semble pas contesté que notre Cour peut prononcer une ordonnance de prohibition si la Commission du droit d'auteur a effectivement excédé sa compétence. En conséquence, la Cour doit déterminer si la Commission a excédé sa compétence.

La requérante soutient que l'on devrait interdire à la Commission de prendre d'autres mesures à l'égard du projet de tarif 2.A.2, étant donné que le

been granted no power by Parliament under the Act which would give it the authority to determine its own jurisdiction. This Board is only empowered with a broad jurisdiction to establish a fee, rate, or royalty. When the Board purports to consider any matter incidental to the performance of that function and outside of the rate fixing function, the powers of the Board must be construed narrowly by the courts.

The cases which speak to the jurisdiction of the Copyright Appeal Board (a predecessor to the Copyright Board) are most notably *CAPAC v. CTV supra* and *Posen v. Minister of Consumer and Corporate Affairs Canada*, [1980] 2 F.C. 259 (C.A.). In *Posen, supra* the Court stated that the only matter entrusted to the Board under the Act [R.S.C. 1970, c. C-30] was the establishment of the quantum of rates to be imposed on users of copyright works. I quote Heald J. in *Posen, supra* who stated at page 261:

In my view, the sole function of the Board is to fix the rates which the performing rights societies can charge. [Emphasis added.]

Now in citing these cases, I am well aware of the respondents' argument that such cases are of limited use in light of the recent amendments to the Act. The respondents assert that the jurisdiction of the Board is not the same as its predecessor, the Copyright Appeal Board. The recent legislation of *An Act to amend the Copyright Act and to amend other Acts in consequence thereof*, S.C. 1988, c. 15 and of the *Canada-United States Free Trade Agreement Implementation Act*, S.C. 1988, c. 65 [ss. 61-65] have been cited as evidence of a significantly expanded jurisdiction for the present Board.

I have conducted a very careful review and comparison of the amendments made to the Act, and conclude that any changes to this Act in relation to the Copyright Board are merely cosmetic. There is nothing in the Act that goes so far as to expand the Board's jurisdiction. The amendments merely streamline the procedure, increase staff, and make the process more administratively

législateur ne lui a pas accordé aux termes de la Loi le pouvoir de déterminer sa propre compétence. La Commission a seulement reçu une compétence générale pour fixer des droits, des tarifs ou des tantièmes. Lorsque la Commission prétend examiner une question qui n'a qu'un rapport secondaire avec l'exécution de cette fonction et que cette question se situe en dehors de la fonction de fixation de tarifs, les tribunaux doivent interpréter restrictivement les pouvoirs de la Commission.

Parmi les affaires qui portent sur la compétence de la Commission d'appel du droit d'auteur (qui a été remplacée par la Commission du droit d'auteur), mentionnons en particulier l'arrêt *CAPAC v. CTV* (précité) et l'arrêt *Posen c. Ministre de la Consommation et des Corporations du Canada*, [1980] 2 C.F. 259 (C.A.). Dans l'arrêt *Posen* (précité), la Cour a déclaré qu'en vertu de la Loi [S.R.C. 1970, chap. C-30], la Commission n'a compétence que pour fixer le quantum des tarifs à imposer aux utilisateurs des œuvres protégées par le droit d'auteur. Je cite le juge Heald qui déclare, à la page 261 de l'arrêt *Posen* (précité):

À mon avis, la Commission a pour seule fonction de fixer les tarifs que les sociétés de droits d'exécution peuvent imposer. [C'est moi qui souligne.]

Or en citant ces arrêts, je suis bien conscient de la prétention des intimées, qui soutiennent que ces décisions sont d'une utilité limitée compte tenu des modifications récentes apportées à la Loi. Les intimées affirment que la compétence de la Commission est différente de celle de son prédécesseur, la Commission d'appel du droit d'auteur. On a cité les dispositions législatives récentes de la *Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur et apportant des modifications connexes et corrélatives*, L.C. 1988, chap. 15 et de la *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis*, L.C. 1988, chap. 65 [art. 61-65], pour démontrer que la Commission actuelle possède une compétence beaucoup plus étendue.

J'ai procédé à un examen et à une comparaison très attentifs des modifications apportées à la Loi, et je conclus que les modifications apportées à la Loi ne sont que superficielles en ce qui a trait à la Commission du droit d'auteur. Aucune des dispositions de la Loi ne va jusqu'à étendre la compétence de la Commission. Les modifications ne font que rationaliser la procédure, augmenter le personnel

efficient to deal with an increasingly heavy workload. The Board itself stated in its 1989 annual Report that it cannot rule on tariff's legality (though I recognize that the Board prepared the Report before the amendments were passed). The respondent acquiesced that in isolation the changes may not seem like much, but argued in their entirety they have the effect of giving the Board a pro-active role. Unfortunately, the respondents have not demonstrated anything significant or concrete in the amendments to prove the jurisdiction of the Board has been broadened or expanded. I conclude that there are no substantive changes to the Act which would lead to a different conclusion than that reached by the Supreme Court of Canada in *CAPAC v. CTV, supra*.

Parliament is presumed to know the law and to be legislating with regard to the state of the law as it exists at the time the legislation is adopted. In drafting the amendments to the Act, Parliament was in a position to be very well informed on the subject. If it was Parliament's intention to widen the Board's jurisdiction, it would have clearly stated such a change. It is not for this Court to amend what Parliament has chosen not to do.

It was suggested by the respondent Board that the Court should decline to consider the applicant's request for prohibition, and leave it to the Board to consider Tariff 2.A.2 as part of its role under the Act. Then the final decision on the tariff would be open to review under section 28 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7]. To support non-intervention by the Court, the respondents have relied on cases involving bodies like the Canadian Human Rights Commission and the Canadian Labour Relations Board. However, in submitting such cases, the respondents ignore that the functions and powers granted to each of these bodies is very, very different. For example, the Canadian Human Rights Commission is specifically directed in the *Canadian Human Rights Act* [R.S.C., 1985, c. H-6] to look at and decide its own jurisdiction. Section 41 states:

et rendre le processus plus efficace sur le plan administratif pour faire face à une charge de travail de plus en plus lourde. La Commission a elle-même déclaré dans son rapport annuel de 1989 qu'elle n'avait pas le pouvoir de se prononcer sur la légalité des tarifs (bien que je reconnaisse que la Commission a rédigé le rapport avant que les modifications ne soient adoptées). L'intimée a convenu que, prises isolément, les modifications peuvent sembler négligeables, mais elle a prétendu que, prises globalement, elles ont pour effet de donner à la Commission un rôle innovateur. Malheureusement, les intimées n'ont fait ressortir rien de significatif ou de concret dans les modifications pour prouver que la compétence de la Commission avait été élargie ou étendue. Je conclus que la Loi n'a fait l'objet d'aucune modification de fond qui permettrait de tirer une conclusion différente de celle à laquelle la Cour suprême du Canada en est arrivée dans l'arrêt *CAPAC v. CTV* (précité).

Le législateur est présumé connaître la loi et légiférer en fonction de l'état du droit tel qu'il existe au moment où la mesure législative est adoptée. En rédigeant les modifications à la Loi, le législateur était placé pour être très bien informé sur le sujet. Si le législateur avait voulu élargir la compétence de la Commission, il l'aurait clairement déclaré. Il ne nous appartient pas de modifier ce que le législateur a choisi de ne pas changer.

La Commission intimée a prétendu que la Cour devait refuser d'examiner la requête en bref de prohibition de la requérante et laisser à la Commission le soin d'étudier le tarif 2.A.2 dans le cadre du rôle que lui confie la Loi. La décision définitive serait ensuite susceptible d'être révisée en vertu de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), chap. F-7]. Pour appuyer la non-intervention de la Cour, les intimées ont invoqué des décisions portant sur des organismes comme la Commission canadienne des droits de la personne et le Conseil canadien des relations du travail. Cependant, en citant ces décisions, les intimées ne tiennent pas compte du fait que les pouvoirs et fonctions attribués à chacun de ces organismes sont très, très différents. Ainsi, la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, [L.R.C. (1985), chap. H-6] charge explicitement la Commission canadienne des droits de la personne de se pencher et de se prononcer sur sa propre compétence. L'article 41 dispose:

41. Subject to section 40, the Commission shall deal with any complaint filed with it unless in respect of that complaint it appears to the Commission that

- (a) the alleged victim of the discriminatory practice to which the complaint relates ought to exhaust grievance or review procedures otherwise reasonably available;
- (b) the complaint is one that could more appropriately be dealt with, initially or completely, according to a procedure provided for under an Act of Parliament other than this Act;
- (c) the complaint is beyond the jurisdiction of the Commission;
- (d) the complaint is trivial, frivolous, vexatious or made in bad faith; or
- (e) the complaint is based on acts or omissions the last of which occurred more than one year, or such longer period of time as the Commission considers appropriate in the circumstances, before receipt of the complaint. [Emphasis added.]

At one time the Human Rights Commission had no express powers of jurisdiction. After the decision in *Canadian Football League v. Canadian Human Rights Commission*, [1980] 2 F.C. 329 (T.D.), the *Canadian Human Rights Act* [S.C. 1976-77, c. 33] was amended to rectify that situation. Similarly, the *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 15 and 16 detail extensively the powers and duties of the Canada Labour Relations Board. In the *Copyright Act* the Board has been given no equivalent list detailing its powers and duties. A board is limited to the powers conferred upon it by statute. The Act is clear that Parliament never intended the Board to adjudicate questions of law, but rather set it up as a regulatory agency to set rates.

The question of the Board's jurisdiction was decided in *CAPAC v. CTV*, *supra*, and nothing has changed with regard to the powers granted by Parliament to suggest the Board's jurisdiction has been expanded. Therefore this Board lacks jurisdiction to determine whether Tariff 2.A.2 is valid.

This brings us to the applicant's request for prohibition. It is open to this Court to issue a writ of prohibition against an administrative tribunal to prevent it from exceeding its jurisdiction. The applicant may apply for a writ of prohibition against the Board as soon as the absence of juris-

41. Sous réserve de l'article 40, la Commission statue sur toute plainte dont elle est saisie à moins qu'elle estime celle-ci irrecevable pour un des motifs suivants:

- a) la victime présumée de l'acte discriminatoire devrait épuiser d'abord les recours internes ou les procédures d'appel ou de règlement des griefs qui lui sont normalement ouverts;
- b) la plainte pourrait avantageusement être instruite, dans un premier temps ou à toutes les étapes, selon des procédures prévues par une autre loi fédérale;
- c) la plainte n'est pas de sa compétence;
- d) la plainte est frivole, vexatoire ou entachée de mauvaise foi;
- e) la plainte a été déposée plus d'un an après le dernier des faits sur lesquels elle est fondée. [C'est moi qui souligne.]

Autrefois, la Commission des droits de la personne n'avait aucun pouvoir exprès en ce qui concerne sa compétence. À la suite du jugement *La Ligue canadienne de football c. La Commission canadienne des droits de la personne*, [1980] 2 C.F. 329 (1^{re} inst.), la *Loi canadienne sur les droits de la personne* [S.C. 1976-77, chap. 33] a été modifiée pour corriger cette situation. De même, le *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), chap. L-2, art. 15 et 16, énumère de façon détaillée les pouvoirs et fonctions du Conseil canadien des relations du travail. Dans la *Loi sur le droit d'auteur*, il n'y a pas de liste équivalente où sont détaillés les pouvoirs et fonctions de la Commission. Une commission ne peut exercer que les pouvoirs que lui confère la loi. Il ressort à l'évidence de la Loi que le législateur n'a jamais voulu que la Commission se prononce sur des questions de droit, mais qu'il l'a plutôt constituée comme un organisme réglementaire chargé de fixer des tarifs.

La question de la compétence de la Commission a été tranchée dans l'arrêt *CAPAC v. CTV* précité et il n'y a eu, en ce qui concerne les pouvoirs conférés par le législateur, aucun changement qui permette de croire que la compétence de la Commission a été élargie. En conséquence, la Commission à l'instance n'a pas compétence pour décider si le tarif 2.A.2 est valide.

Cela nous amène à la requête en bref de prohibition de la requérante. Il est loisible à notre Cour de décerner un bref de prohibition contre un tribunal administratif pour l'empêcher d'excéder sa compétence. La requérante peut demander un bref de prohibition contre la Commission dès que l'ab-

diction becomes apparent. Here the applicant has brought this motion as a preemptive strike to prevent the waste of time and money on a matter which has already been decided by the Supreme Court of Canada.

There is no reason to drag the applicant through the whole process when it can be settled at this point in time as a clear issue of law before the Court. Here prohibition will provide a quick and effective remedy and prevent a costly and lengthy hearing of many months, followed by a lengthy and expensive trial procedure, that would ultimately come back to the courts on the question of jurisdiction.

However, in the event that I am incorrect on the determination of jurisdiction, there are two other questions to be addressed concerning Tariff 2.A.2. The first is whether the proposed Tariff 2.A.2. is the proper subject matter of section 49 [as am. by S.C. 1988, c. 15, s. 12] (s. 67) of the Act. The second question is whether the Societies can attempt to obtain the benefit of section 50 (s. 70) under the Act.

In response to the first question, an examination of the amendments to the Act is in order. The respondents have pointed to changes in paragraph 3(1)(f) [as am. by S.C. 1988, c. 65, s. 62(1)], and the addition of "jointly and severally liable" in subsection 3(1.4) [as added by S.C. 1988, c. 65, s. 62(2)] as changes that allow them to fix a royalty on programming transmission by the network. The respondent Societies argued that network transmissions constitute "a single communication to the public" under "the new" paragraph 3(1)(f), and combined with the words of subsection 3(1.4) "transmits by telecommunication" and "communication to the public" the Act now covers the communication of the performance of a work by telecommunication.

When amending the Act, the legislators had the opportunity, if they so wished, to remedy and overcome the *CAPAC v. CTV, supra*, result by inserting the necessary wording. They chose not to, and now the respondents are left trying to stretch the existing words to say that which was not

sence de compétence devient évidente. En l'espèce, la requérante a déposé la présente requête à titre de mesure préventive pour éviter qu'on perde du temps et de l'argent avec une question qui a déjà été tranchée par la Cour suprême du Canada.

Il n'y a pas de raison d'entraîner la requérante dans tout le processus alors que l'affaire peut être réglée dès maintenant en tant que question de droit claire soumise à la Cour. En l'espèce, l'octroi d'un bref de prohibition permettra d'accorder une réparation rapide et efficace et évitera la tenue d'une audience coûteuse qui durerait de longs mois et qui serait suivie par une procédure d'instruction longue et dispendieuse qui reviendrait finalement devant les tribunaux sur la question de la compétence.

Cependant, pour le cas où j'aurais tort sur la question de la compétence, il y a deux autres questions à examiner en ce qui concerne le tarif 2.A.2. La première question est celle de savoir si le projet de tarif 2.A.2 relève à juste titre de l'article 49 [mod. par L.C. 1988, chap. 15, art. 12] (art. 67) de la Loi. La seconde question est celle de savoir si les sociétés peuvent essayer de se prévaloir de l'article 50 (art. 70) en vertu de la Loi.

Pour répondre à la première question, il convient d'examiner les modifications apportées à la Loi. Les intimées soulignent que les modifications apportées à l'alinéa 3(1)f [mod. par L.C. 1988, chap. 65, art. 62(1)] et l'ajout du mot «solidaires» au paragraphe 3(1.4) [ajouté par L.C. 1988, chap. 65, art. 62(2)] constituent des modifications qui leur permettent de fixer des droits pour la transmission d'émissions par le réseau. Les sociétés intimées allèguent que les transmissions effectuées dans le cadre d'un réseau constituent «une communication unique» aux termes du «nouvel» alinéa 3(1)f et qu'il résulte du rapprochement des mots «transmission... par télécommunication» et «communication au public» du paragraphe 3(1.4) que la Loi vise maintenant la communication de l'exécution d'une œuvre par télécommunication.

Lorsqu'il a modifié la Loi, le législateur avait la possibilité de remédier s'il le désirait au résultat de l'arrêt *CAPAC v. CTV* (précité) en insérant le libellé nécessaire. Il a choisi de ne pas le faire, et maintenant les intimées n'ont d'autre choix que d'essayer de faire dire au libellé existant ce que le

indicated or intended. Also, in *CAPAC v. CTV supra*, the Supreme Court noted that what was communicated by the CTV Network to its affiliated stations was not “the musical works” as defined in the Act, but “a performance of the works”. The respondents have failed to deal with the term “musical works”. Inserting the word “telecommunication” into the Act does not change that decision that network transmissions are not “musical works” for the purpose of copyright infringement. Therefore, the performing societies cannot properly file Tariff 2.A.2. under section 49 as it does not deal with a performing right under the Act.

In answer to the second question, whether the Societies may utilize section 50 (s. 70) for their benefit, I think it is obvious that they cannot. Under section 50.1 [as added by S.C. 1988, c. 15, s. 14] (s. 70.1) the party filing a tariff must be a “licensing body” under the Act. But can the performing societies be considered “licensing bodies”? Section 50.1 (s. 70.1) clearly states that “licensing body” means “a society, association or corporation, other than a society, association or corporation” [underlining added]. Section 50.1 allows for new collectives to submit for royalties, and the existing performing societies are specifically excluded in this section because they have section 49 to cover their collective administration of performing rights.

Even if the Societies were to be considered “licensing bodies”, reliance on this section by the respondent Societies would still fail, because they have not met all the necessary pre-conditions enunciated in the Act. An attempt to reach a negotiated settlement on the royalties is implied by the Act. Section 50.2 [as added by S.C. 1988, c. 15, s. 14] (s. 70.2) refers to the situation where a licensing body files the tariff with the Board when the parties are “unable to agree on the royalties to be paid”. This implies some sort of effort between the two parties must be made to negotiate an agreement. In this instance the applicant was never approached to discuss the subject nor was an

législateur n’a ni déclaré ni voulu dire. Par ailleurs, dans l’arrêt *CAPAC v. CTV* (précité), la Cour suprême a fait remarquer que ce n’était pas des «œuvres musicales» au sens de la définition de la Loi que le réseau CTV communiquait à ses stations affiliées, mais «une exécution des œuvres». Les intimées n’ont pas traité de l’expression «œuvres musicales». L’insertion du terme «télécommunication» dans la Loi ne change pas la décision suivant laquelle les transmissions effectuées dans le cadre d’un réseau ne constituent pas des «œuvres musicales» aux fins de la violation du droit d’auteur. En conséquence, les sociétés d’exécution ne peuvent pas légitimement produire le tarif 2.A.2 en vertu de l’article 49, étant donné qu’il ne porte pas sur un droit d’exécution prévu par la Loi.

Pour répondre à la seconde question, celle de savoir si les sociétés peuvent se prévaloir de l’article 50 (art. 70), je pense qu’il est évident qu’elles ne le peuvent pas. Aux termes de l’article 50.1 [ajouté par L.C. 1988, chap. 15, art. 14] (art. 70.1), la personne qui dépose un tarif doit être une «société de gestion» au sens de la Loi. Mais peut-on considérer les sociétés d’exécution comme des «sociétés de gestion»? L’article 50.1 (art. 70.1) déclare clairement que l’expression «société de gestion» vise «l’association, la société ou la personne morale, autre qu’une association, une société ou une personne morale» [soulignements ajoutés]. L’article 50.1 permet à de nouvelles sociétés de gestion de demander la fixation de droits, et les sociétés d’exécution existantes sont expressément exclues de cet article parce qu’elles peuvent se prévaloir de l’article 49 pour leur gestion collective de droits d’exécution.

Même si elles devaient être considérées comme des «sociétés de gestion», les sociétés intimées ne pourraient invoquer cet article, parce qu’elles n’ont pas satisfait à toutes les conditions préalables énoncées par la Loi. La Loi sous-entend que l’on doit essayer d’en arriver à une entente négociée au sujet des droits. L’article 50.2 [ajouté par L.C. 1988, chap. 15, art. 14] (art. 70.2) vise le cas de la société de gestion qui dépose un projet de tarif auprès de la Commission «À défaut d’une entente sur les droits». Cela implique que les deux parties doivent faire certains efforts pour négocier une entente. En l’espèce, on n’a jamais approché la requérante pour discuter du sujet et aucune tenta-

attempt made to negotiate an agreement on the royalties. Instead this was a unilateral action by the performing societies.

In light of all the reasons articulated above, especially in consideration of the absence of jurisdiction of the Copyright Board to deal with the matter, a writ of prohibition shall be granted against the respondent Copyright Board to prohibit it from taking any further proceedings on Tariff 2.A.2.

tive n'a été faite en vue de négocier une entente au sujet des droits. De fait, les sociétés d'exécution ont agi unilatéralement à cet égard.

^a Compte tenu de tous les motifs exposés ci-dessus, et particulièrement de l'absence de compétence de la Commission du droit d'auteur pour se prononcer sur la question, un bref de prohibition sera décerné contre la Commission du droit d'auteur intimée pour l'empêcher de prendre d'autres mesures à l'égard du tarif 2.A.2.

^b

A-744-88

A-744-88

Life Underwriters Association of Canada/L'Association des Assureurs-Vie du Canada (*Appellant*)

v.

Provincial Association of Quebec Life Underwriters/L'Association Provinciale des Assureurs-Vie du Québec (*Respondent*)

INDEXED AS: LIFE UNDERWRITERS ASSN. OF CANADA v. PROVINCIAL ASSN. OF QUEBEC LIFE UNDERWRITERS (C.A.)

Court of Appeal, Pratte, Marceau and Desjardins J.J.A.—Ottawa, February 20 and June 15, 1990.

Insurance — Trial Judge finding s. 2(c), (d) and (e) of appellant's enabling Act ultra vires as powers conferred within exclusive provincial competence over education and regulation of professions — On appeal, s. 2(c) and (d), authorizing appellant to hold examinations on principles and practice of life insurance and to grant certificates, held intra vires — Federal legislation not unconstitutional solely because authorizes federal company to carry on activities subject to provincial regulation — S. 2(e), permitting appellant to confer title "Chartered Life Underwriter", ultra vires as conferring professional title within provincial jurisdiction.

Constitutional law — Distribution of powers — Federal Act incorporating appellant permitting it to examine and certify members — Not outside federal competence solely because gives appellant power to carry out activity to be regulated by provinces — Provision enabling appellant to authorize use of title "Chartered Life Underwriter" ultra vires Parliament as within provincial jurisdiction over civil rights or regulation of professions.

Practice — Judgments and orders — Reversal or variation — R. 1212, authorizing Court to amend judgment on appeal based on consent of parties not applicable where constitutionality of legislation at issue — Attorney General of Quebec, granted intervenor status by Senior Prothonotary, opposing consent judgment acceptable to parties.

This was an appeal from the trial judgment holding paragraphs 2(c), (d) and (e) of the appellant's enabling Act unconstitutional on the ground that the powers conferred by those paragraphs fall within the exclusive jurisdiction of the provinces over education and regulation of the professions. Those paragraphs respectively permit the appellant to hold examinations on the principles and practice of life insurance, to grant certificates of efficiency and to authorize use of the title

Life Underwriters Association of Canada/L'Association des Assureurs-Vie du Canada (*appelante*)

a.

c.

Provincial Association of Quebec Life Underwriters/L'Association Provinciale des Assureurs-Vie du Québec (*intimée*)

RÉPERTORIÉ: L'ASSOC. DES ASSUREURS-VIE DU CANADA c. L'ASSOC. PROVINCIALE DES ASSUREURS-VIE DU QUÉBEC (C.A.)

c. Cour d'appel, juges Pratte, Marceau et Desjardins, J.C.A.—Ottawa, 20 février et 15 juin 1990.

Assurance — Le juge de première instance a conclu que l'art. 2(c), (d) et (e) de la Loi constitutive de l'appelante sont ultra vires pour le motif que les pouvoirs qui lui sont conférés relèvent de la compétence exclusive des provinces en matière d'éducation et de réglementation des professions — En appel, l'art. 2(c) et (d), qui autorisent l'appelante à faire subir des examens sur les principes et la pratique de l'assurance-vie et à accorder des certificats, ont été déclarés intra vires — La législation fédérale n'est pas inconstitutionnelle pour le seul motif qu'elle autorise une société fédérale à exercer des activités soumises à la réglementation provinciale — L'art. 2(e) qui permet à l'appelante de conférer le titre d'«Assureur-vie agréé» est ultra vires puisqu'il confère des titres professionnels relevant de la compétence provinciale.

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — La loi fédérale constituant l'appelante en société lui permet de faire subir des examens à ses membres et de les accréditer — On ne peut contester la constitutionnalité de cette Loi pour le seul motif qu'elle confère à l'appelante le pouvoir d'exercer une activité dont la réglementation relève des provinces — Le texte qui confère à l'appelante le pouvoir d'autoriser ses membres à porter le titre d'«Assureur-vie agréé» est ultra vires du Parlement du Canada puisqu'il relève de la compétence des provinces en matière de droits civils et de réglementation des professions.

Pratique — Jugements et ordonnances — Annulation ou modification — La Règle 1212, qui autorise la Cour à modifier un jugement porté en appel en se fondant sur le consentement des parties, ne s'applique pas lorsque la constitutionnalité de la loi fait l'objet d'un litige — Le procureur général du Québec qui s'est vu conférer le statut d'intervenant par le protonotaire-chef s'opposait au jugement dont les parties avaient convenu.

Il s'agit en l'espèce d'un appel formé à l'encontre du jugement de première instance, déclarant inconstitutionnels les alinéas 2(c), (d) et (e) de la Loi constitutive de l'appelante, pour le motif que les pouvoirs conférés par ces alinéas relèvent de la compétence exclusive des provinces en matière d'éducation et de réglementation des professions. Les alinéas en question permettent à l'appelante de faire subir des examens sur les principes et la pratique de l'assurance-vie, d'accorder des certi-

“Chartered Life Underwriter” (C.L.U.). Before the appeal was heard, the parties notified the Court that they had arrived at a compromise terminating the action. One of the conditions of that compromise, to which the Attorney General of Quebec, an intervenor, did not agree, was that the Court would render a judgment allowing the appeal in part by replacing the finding of unconstitutionality with a finding that the provisions were constitutional. The issues were whether the Court, under Rule 1212, could amend a judgment on consent of the parties when the constitutionality of legislation is challenged and whether the provisions were unconstitutional.

Held (Marceau J.A. dissenting in part), the appeal should be allowed in part.

Per Pratte J.A.: The constitutionality of legislation does not depend upon the wishes of parties or the compromises they may make. Rule 1212, which allows the Court to amend a judgment which has been appealed based on the consent of the parties, does not apply.

The Trial Judge erred in finding paragraphs 2(c) and (d) unconstitutional. The constitutionality of federal legislation cannot be challenged solely on the ground that that legislation gives a company created by it the power to carry on an activity which is to be regulated by the provinces. However, he correctly found paragraph 2(e) to be *ultra vires*. Except for matters that are within its jurisdiction, Parliament does not have the power to legislate to give persons the right to bear or use a title, whether professional or otherwise. The impugned legislation does not authorize the appellant to carry on an activity but to confer the right to use the title “Chartered Life Underwriter of Canada”. Parliament cannot give a corporation the power to confer a right which it could not itself confer. Any regulation of this kind is a question of civil rights and within provincial jurisdiction.

Per Marceau J.A. (dissenting in part): Rule 1212 has no application where parties to an appeal seek to vary by common accord a judicial declaration concerning the constitutional validity of a legislative enactment, even if all the Attorneys General taking part agreed. The role of the Attorney General as guardian of the public interest does not supersede the role exclusively assigned to the courts to decide the limits of the legislative powers of either order of government.

Paragraphs 2(c), (d) and (e), which granted the corporation certain specific powers, are *intra vires*. Parliament is competent to incorporate companies and fix their powers, although the authority to incorporate does not include authority to regulate the exercise of powers granted by incorporation. The argument that the regulation of professions is the exclusive domain of the provinces, was met by noting that the Act does not purport to regulate a profession. The designations conferred by paragraph 2(e) neither impose obligations nor create immunities from provincial laws. Even if seen as creating “civil rights of a novel character”, that in itself is not beyond the competence of Parliament. The mere conferring of a title would not, under the Constitution, be reserved exclusively to the legislative power

de compétence et d'autoriser ses membres à porter le titre d'«Assureur-vie agréé» (A.V.A.). Avant l'audition de l'appel, les parties intéressées prévinrent la Cour qu'elles étaient arrivées à un compromis mettant fin au litige. L'une des conditions de ce compromis, auquel le procureur général du Québec n'avait pas acquiescé à titre d'intervenant, était que la Cour devait rendre un jugement accueillant l'appel en partie en remplaçant la déclaration d'inconstitutionnalité par une déclaration affirmant la constitutionnalité des dispositions en cause. Il s'agit de savoir si la Cour pouvait, en vertu de la Règle 1212, modifier un jugement fondé sur le consentement des parties lorsque la constitutionnalité de la loi est contestée, et si les dispositions en cause étaient inconstitutionnelles.

Arrêt (le juge Marceau, J.C.A., étant en partie dissident): l'appel doit être en partie accueilli.

Le juge Pratte, J.C.A.: La constitutionnalité des lois ne dépend pas de la volonté des plaideurs et des compromis qu'ils peuvent faire. La Règle 1212, qui permet à la Cour de modifier un jugement porté en appel en se fondant sur le consentement des parties, ne s'applique pas.

Le juge de première instance a eu tort de juger que les alinéas 2(c) et (d) étaient inconstitutionnels. La constitutionnalité d'une disposition législative adoptée par le Parlement fédéral ne peut être contestée pour le seul motif que cette disposition confère à une société qu'elle a créée le pouvoir d'exercer une activité dont la réglementation relève des provinces. Toutefois, il a eu raison de conclure que l'alinéa 2(e) était *ultra vires*. Le Parlement n'a pas, sauf dans les matières qui relèvent de sa compétence, le pouvoir de légiférer pour accorder à des personnes le droit de porter ou d'utiliser un titre, qu'il s'agisse d'un titre professionnel ou autre. La loi contestée n'autorise pas l'appelante à exercer une activité, mais elle lui confère le droit de porter le titre d'«Assureur licencié en assurance-vie au Canada». Le Parlement ne peut donner à une société le pouvoir de conférer un droit qu'il ne pouvait lui-même accorder. Toute réglementation sur ce sujet relève du domaine des droits civils et de la compétence des provinces.

Le juge Marceau, J.C.A. (en partie dissident): La Règle 1212 ne s'applique pas lorsque les parties à un appel demandent de modifier d'un commun accord un jugement déclaratoire concernant la constitutionnalité d'une disposition législative et ce, même si tous les procureurs généraux intéressés au litige y consentent. Le rôle joué par le procureur général, à titre de gardien de l'intérêt public, ne remplace pas le rôle assigné exclusivement aux tribunaux qui doivent décider quelles sont les limites des pouvoirs législatifs de l'un ou l'autre palier de gouvernement.

Les alinéas 2(c), (d), et (e) qui conféraient à la corporation certains pouvoirs déterminés, sont *intra vires*. Le Parlement peut constituer des compagnies et déterminer leurs pouvoirs, même si le pouvoir de constituer en personne morale n'inclut pas celui de réglementer l'exercice des pouvoirs conférés par la constitution. On a répondu à l'argument selon lequel la réglementation des professions relève du domaine exclusif des provinces en soulignant que la Loi ne vise pas à réglementer une profession. Les désignations conférés par l'alinéa 2(e) n'imposent aucune obligation ni ne créent une immunité contre les lois provinciales. Même si elles sont considérées comme créant «des droits civils d'un caractère nouveau», cela n'excède pas en soi la compétence du Parlement. Le simple fait de conférer un titre ne

having authority to regulate the profession. The conferring and holding of a professional title may be part of the regulation of a profession in the limited sense of being directly linked to the exercise of the profession. Otherwise, it is a neutral act unconstrained by the division of powers. The words "of Canada" in the designation controlled by the appellant were sufficient to distinguish it from the designation referred to in *An Act respecting Insurance* of Quebec, section 335. It could not be said that the title had been made a matter of provincial regulation by provincial legislation and therefore taken beyond federal competence.

Per Desjardins J.A.: The Attorney General of Quebec's refusal to acquiesce in the consent judgment submitted by the parties prevented the Court from approving that consent, assuming that the parties' and the intervenor's consent can resolve a point of constitutional law, as to which no opinion would be expressed.

Paragraph 2(e) is unconstitutional because it purports to give the appellant the power to confer a professional title. Parliament cannot give companies created by it power to confer a professional title as this power is part of the provincial jurisdiction over regulation of the professions. The addition of the words "of Canada" does not give it constitutional legitimacy.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- An Act respecting Insurance*, R.S.Q. 1977, c. A-32, s. 335.
An Act to incorporate The Life Underwriters' Association of Canada, S.C. 1924, c. 104, s. 2.
Code of Civil Procedure, R.S.Q. c. C-25, arts. 95, 98, 99.
Companies Act, R.S.Q. 1977, c. C-38.
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(11).
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 5, 1101, 1212.
Trade Marks Act, R.S.C. 1970, c. T-10.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

REVERSED:

- Life Underwriters Association of Canada v. Provincial Association of Quebec Life Underwriters*, [1989] 1 F.C. 570; (1988), 33 C.C.L.I. 62; 19 C.I.P.R. 261; 22 C.P.R. (3d) 1; 20 F.T.R. 274 (T.D.).

CONSIDERED:

- Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*, [1937] A.C. 405 (P.C.).

serait pas, en vertu de la Constitution, réservé exclusivement au pouvoir législatif habilité à réglementer la profession. Le fait de conférer et de détenir un titre professionnel peut faire partie de la réglementation de la profession, mais dans le sens restreint où cela est directement lié à l'exercice de la profession. Autrement, il s'agit d'un acte neutre qui n'est pas limité par le partage des pouvoirs. Les termes «au Canada» figurant dans la description contrôlée par l'appelante étaient suffisants pour la distinguer de la description mentionnée à l'article 335 de la *Loi sur les assurances* du Québec. On ne pouvait pas dire que le titre avait fait l'objet d'une réglementation professionnelle par une loi provinciale et qu'en conséquence, il échappait à la compétence fédérale.

Le juge Desjardins, J.C.A.: Le refus du procureur général du Québec d'acquiescer au jugement par consentement présenté par les parties empêchait la Cour d'intériner ce consentement, à supposer que le consentement des parties et de l'intervenant puisse régler un litige d'ordre constitutionnel, ce sur quoi on ne saurait se prononcer.

L'alinéa 2(e) est inconstitutionnel parce qu'il est réputé donner à l'appelante le pouvoir de conférer un titre professionnel. Le Parlement ne peut donner aux compagnies qu'il constitue le pouvoir de conférer un titre professionnel puisque ce pouvoir relève des provinces en matière de réglementation des professions. L'ajout des mots «au Canada» ne peut légitimer cette disposition sur le plan constitutionnel.

e LOIS ET RÈGLEMENTS

- Code de procédure civile*, L.R.Q. chap. C-25, art. 95, 98, 99.
Loi constituant en corporation The Life Underwriters' Association of Canada, S.C. 1924, chap. 104, art. 2.
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(11).
Loi sur les assurances, L.R.Q. 1977, chap. A-32, art. 335.
Loi sur les compagnies, L.R.Q. 1977, chap. C-38.
Loi sur les marques de commerce, S.R.C. 1970, chap. T-10.
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 5, 1101, 1212.

JURISPRUDENCE

DÉCISION INFIRMÉE:

- Association des Assureurs-vie du Canada c. Association provinciale des Assureurs-vie du Québec*, [1989] 1 C.F. 570; (1988), 33 C.C.L.I. 62; 19 C.I.P.R. 261; 22 C.P.R. (3d) 1; 20 F.T.R. 274 (1^{re} inst.).

DÉCISION EXAMINÉE:

- Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*, [1937] A.C. 405 (P.C.).

REFERRED TO:

Citizens Insurance Company of Canada v. Parsons (1881), 7 App. Cas. 96 (P.C.); *John Deere Plow Company v. Wharton*, [1915] A.C. 330 (P.C.); *Great West Saddlery Co. v. The King*, [1921] 2 A.C. 91 (P.C.).

AUTHORS CITED

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: The Carswell Company Limited, 1985.

COUNSEL:

Roger T. Hughes, Q.C. and *Stephen M. Lane* for appellant.

Hugues G. Richard for respondent.

James M. Mabbutt, Q.C. for Attorney General of Canada.

Robert Monette for Attorney General of Quebec.

SOLICITORS:

Sim, Hughes, Dimock, Toronto, for appellant.

Leger, Robic & Richard, Montréal, for respondent.

Deputy Attorney General of Canada for Attorney General of Canada.

Bernard, Roy & Associés, Montréal, for Attorney General of Quebec.

The following is the English version of the reasons for judgment rendered by

PRATTE J.A.: The parties to this appeal are two associations of life insurance agents. The respondent is a non-profit corporation created in 1962 under Part III of the Quebec *Companies Act*¹ and is made up of the insurance agents in that province. The appellant draws its members from all of Canada; it was incorporated in 1924 by a special Act of the federal Parliament [*An Act to incorporate The Life Underwriters' Association of Canada*]² which defined its objects and powers in section 2 as follows:

2. The objects and powers of the Association shall be to promote by all lawful means the proper and efficient practice of the business of life insurance within the Dominion of Canada; and for the said purpose,—

(a) To publish, distribute and sell pamphlets, periodicals, journals, books and other literature relating to the business of life insurance;

DÉCISIONS CITÉES:

Citizens Insurance Company of Canada v. Parsons (1881), 7 App. Cas. 96 (P.C.); *John Deere Plow Company v. Wharton*, [1915] A.C. 330 (P.C.); *Great West Saddlery Co. v. The King*, [1921] 2 A.C. 91 (P.C.).

DOCTRINE

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: The Carswell Company Limited, 1985.

b AVOCATS:

Roger T. Hughes, c.r. et *Stephen M. Lane* pour l'appelante.

Hugues G. Richard pour l'intimée.

James M. Mabbutt, c.r. pour le procureur général du Canada.

Robert Monette pour le procureur général du Québec.

d PROCUREURS:

Sim, Hughes, Dimock, Toronto, pour l'appelante.

Leger, Robic & Richard, Montréal, pour l'intimée.

Le sous-procureur général du Canada pour le procureur général du Canada.

Bernard, Roy & Associés, Montréal, pour le procureur général du Québec.

Voici les motifs du jugement rendu en français par

LE JUGE PRATTE, J.C.A.: Ce litige oppose deux associations d'agents d'assurance-vie. L'intimée est une société sans but lucratif créée en 1962 en vertu de la Partie III de la *Loi sur les compagnies* du Québec¹ qui groupe les agents d'assurance de cette province. L'appelante, elle, recrute ses membres dans tout le pays; elle a été constituée en corporation en 1924 par une loi spéciale du Parlement fédéral [*Loi constituant en corporation The Life Underwriters' Association of Canada*]² qui définit ainsi, à l'article 2, ses objets et pouvoirs:

2. Les objets et les pouvoirs de l'Association sont de favoriser, par tous les moyens légitimes, la pratique régulière et effective du commerce d'assurance-vie dans le Dominion du Canada; et à cette fin,

(a) de publier, distribuer et vendre des opuscules, revues, journaux, livres et autre littérature se rattachant au commerce d'assurance-vie;

¹ R.S.Q. 1977, c. C-38.

² S.C. 1924, c. 104.

¹ L.R.Q. 1977, chap. C-38.

² S.C. 1924, chap. 104.

- (b) To devote the funds of the Association to promoting the welfare of its members in such manner as the Association may decide;
- (c) To hold such examinations on the principles and practice of life insurance or general educational attainments, as may be found expedient;
- (d) To grant certificates of efficiency to its members;
- (e) To authorize the use by such of its members as it may designate of the title and description "Chartered Life Underwriter of Canada."

Since its creation the appellant has organized training courses for its members to improve their knowledge in the field of life insurance. To those it regards as sufficiently competent it issues the titles of "Chartered Life Underwriter" (abbreviated "C.L.U.") and "Assureur-vie agréé" (abbreviated "A.V.A."). It has even registered the initials C.L.U. (registration No. 335 823) and A.V.A. (registration No. 335 977) as certification marks pursuant to the *Trade Marks Act* [R.S.C. 1970, c. T-10].

On January 5, 1988 the appellant sued the respondent, alleging that the latter was about to organize training courses for its members and wished to confer on those who successfully completed the courses the right to use the titles "Chartered Life Underwriter" and "Assureur-vie agréé" and their abbreviations C.L.U. and A.V.A. In the appellant's submission, these actions were a source of confusion and infringed its rights. It accordingly applied for an injunction and other suitable relief.

In its defence the respondent argued that the appellant had no right to the titles and designations in question, and by a counterclaim asked the Court to order that the trade marks registered by the appellant be struck out and also to find that the appellant's enabling Act was unconstitutional and *ultra vires* the Parliament of Canada.

The Attorney General of Quebec was informed of the constitutional problem raised by the respondent and obtained leave from the Trial Division to intervene in the case.

Finally, the Trial Division dismissed the appellant's action [[1989] 1 F.C. 570] with costs and, ruling on the respondent's counterclaim, ordered that the appellant's trade marks be struck out and found paragraphs 2(c), (d), and (e) of the appel-

- (b) d'utiliser les fonds de l'Association pour favoriser le bien-être de ses membres de la manière que l'Association peut décider;
- (c) de faire subir les examens sur les principes et la pratique de l'assurance-vie, ou sur les connaissances générales, ainsi qu'il peut être jugé à propos;
- (d) d'accorder des certificats de compétence à ses membres;
- (e) d'autoriser ceux de ses membres qu'elle peut désigner à porter le titre et à avoir la qualité d'Assureur licencié en assurance-vie au Canada.

Depuis sa création, l'appelante a organisé des cours de formation pour ses membres destinés à augmenter leurs connaissances dans le domaine de l'assurance-vie. Elle décerne à ceux qu'elle juge suffisamment compétents les titres «*Chartered Life Underwriter*» (en abrégé C.L.U.) et «*Assureur-vie agréé*» (en abrégé A.V.A.). Elle a même enregistré les sigles C.L.U. (enregistrement n° 335 823) et A.V.A. (enregistrement n° 335 977) comme marques de certification en vertu de la *Loi sur les marques de commerce* [S.R.C. 1970, chap. T-10].

Le 5 janvier 1988, l'appelante a poursuivi l'intimée alléguant que celle-ci était sur le point d'organiser des cours de formation pour ses membres et voulait conférer à ceux-là qui les suivraient avec succès le droit d'utiliser les titres «*Chartered Life Underwriter*» et «*Assureur-vie agréé*» et leurs abréviations C.L.U. et A.V.A. Ces agissements, suivant l'appelante, étaient source de confusion et violaient ses droits. Elle demandait donc une injonction et d'autres redressements appropriés.

L'intimée plaida, en défense, que l'appelante n'avait aucun droit sur les titres et désignations en question et, par demande reconventionnelle, demanda à la Cour d'ordonner la radiation des marques de commerce enregistrées par l'appelante et, aussi, de déclarer que la Loi constitutive de l'appelante était inconstitutionnelle et *ultra vires* du Parlement du Canada.

Prévenu du problème constitutionnel que soulevait l'intimée, le procureur général du Québec obtint de la Section de première instance la permission d'intervenir dans le litige.

Finalement, la Section de première instance rejeta l'action de l'appelante [[1989] 1 C.F. 570] avec dépens et, statuant sur la demande reconventionnelle de l'intimée, ordonna la radiation des marques de commerce de l'appelante et déclara

lant's enabling Act to be unconstitutional on the ground that the powers conferred by those paragraphs fall within the exclusive jurisdiction of the provinces over education and regulation of the professions.

The appellant appealed from this decision; the respondent appealed the part of the decision that dismissed its argument that all of the appellant's enabling Act should be invalidated.

The appeal was about to be heard when the appellant and the respondent notified the Registry that they had arrived at a compromise terminating the action. One of the conditions of that compromise to which the Attorney General of Quebec did not agree, was that the Court would render a judgment allowing the appellant's appeal in part by replacing the finding that paragraphs 2(c), (d) and (e) of the appellant's enabling Act was unconstitutional by a finding that that provision was constitutional; the trial judgment would be affirmed in all other respects.

The parties were told that the appeal would still be heard on the day appointed, because it was not clear that in these circumstances the Court would agree to substitute a finding of constitutionality for the finding of unconstitutionality made by the Trial Judge.

At the hearing counsel for the appellant first contented that the Court could rely simply on the consent by the appellant and the respondent in making the judgment to which they had agreed. He then sought to show that, contrary to what the Trial Judge held, paragraphs 2(c), (d) and (e) of the appellant's enabling Act were validly enacted. Counsel for the Attorney General of Canada, who had taken advantage of Rule 1101 of the *Federal Court Rules*, also supported this latter point of view which counsel for the Attorney General of Quebec was the only one to contest. Counsel for the respondent took no part in the argument, simply stating that he did not intend to proceed with his cross-appeal.

The appellant's argument that, in view of the compromise reached between it and the respondent, the Court must necessarily render the judgment on which they were agreed I think must be

inconstitutionnels les alinéas 2(c), (d) et (e) de la Loi constitutive de l'appelante au motif que les pouvoirs conférés par ces alinéas relèvent de la compétence exclusive des provinces en matière d'éducation et de réglementation des professions.

L'appelante interjeta appel de cette décision; l'intimée, elle, fit appel de cette partie de la décision qui avait rejeté sa prétention que toute la Loi constitutive de l'appelante devait être invalidée.

L'appel était sur le point d'être entendu lorsque l'appelante et l'intimée prévinrent le greffe qu'elles en étaient arrivées à un compromis mettant fin au litige. L'une des conditions de ce compromis, auquel n'avait pas acquiescé le procureur général du Québec, était que la Cour devait rendre un jugement accueillant en partie l'appel de l'appelante en remplaçant la déclaration d'inconstitutionnalité des alinéas 2(c), (d) et (e) de la Loi constitutive de l'appelante par une déclaration affirmant la constitutionnalité de ces dispositions; le jugement de première instance devait, à tous autres égards, être confirmé.

On fit savoir aux intéressés que l'appel serait quand même entendu au jour fixé parce qu'il n'était pas certain que la Cour accepte, dans ces circonstances, de substituer une déclaration de constitutionnalité à la déclaration d'inconstitutionnalité prononcée par le premier juge.

À l'audience, l'avocat de l'appelante a d'abord soutenu que la Cour pouvait se fonder sur les seuls consentements de l'appelante et de l'intimée pour prononcer le jugement dont elles ont convenu. Il s'est ensuite appliqué à démontrer que, contrairement à ce qu'a décidé le premier juge, les alinéas 2(c), (d) et (e) de la Loi constitutive de l'appelante ont été validement édictés. L'avocat du procureur général du Canada, qui s'était prévalu de la Règle 1101 des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., chap. 663], a soutenu lui aussi ce dernier point de vue que l'avocat du procureur général du Québec a été seul à contester. L'avocat de l'intimée, en effet, ne prit aucune part aux débats se contentant d'affirmer qu'il n'entendait pas poursuivre son contre-appel.

La prétention de l'appelante à l'effet que la Cour doit nécessairement, vu le compromis intervenu entre elle et l'intimée, prononcer le jugement dont elles ont convenu me paraît devoir être reje-

dismissed. It is true that Rule 1212 of the *Federal Court Rules*³ authorizes the Court to amend a judgment which has been appealed based simply on the consent of the parties. However, I do not think that the Court can use this rule as a basis for making a finding regarding the constitutionality of a statute. The constitutionality of legislation, whether public or private, does not depend on the wishes of parties and compromises they may make.

The Court must accordingly consider the constitutionality of paragraphs 2(c), (d) and (e), which the Trial Judge found to be invalid. The text of this provision, I repeat, is as follows:

2. The objects and powers of the Association shall be to promote by all lawful means the proper and efficient practice of the business of life insurance within the Dominion of Canada; and for the said purpose,—

(c) to hold such examinations on the principles and practice of life insurance or general educational attainments as may be found expedient;

(d) to grant certificates of efficiency to its members;

(e) to authorize the use by such of its members as it may designate of the title and description "Chartered Life Underwriter of Canada".

It is now well established that while, under subsection 92(11) of the *Constitution Act, 1867* [30 & 30 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]], the provinces have the exclusive power to create "companies with provincial objects", the federal Parliament may nevertheless create companies that carry on their activities in more than one province (and which because of that are not created for "provincial objects"), even though those activities are such that regulation of them is

³ *Rule 1212*. A respondent may consent to the reversal or variation of the judgment appealed against by giving to the appellant a notice stating that he consents to the reversal or variation of the judgment in the manner therein indicated, and thereupon the Court shall, upon the application of the appellant, pronounce judgment in accordance with the notice as a matter of course if the resultant judgment is one that would have been given on consent.

tée. Il est vrai que la Règle 1212 des *Règles de la Cour fédérale*³ autorise la Cour à modifier un jugement porté en appel en se fondant sur le seul consentement des parties. Mais je ne crois pas que la Cour puisse s'autoriser de cette règle pour faire une déclaration relative à la constitutionnalité d'une loi. La constitutionnalité des lois, qu'il s'agisse de lois publiques ou privées, ne dépend pas de la volonté des plaideurs et des compromis qu'ils peuvent faire.

Il faut donc s'interroger sur la constitutionnalité des alinéas 2(c), (d) et (e) que le premier juge a déclarés invalides. Le texte de ces dispositions, je le rappelle, est le suivant:

2. Les objets et les pouvoirs de l'Association sont de favoriser, par tous les moyens légitimes, la pratique régulière et effective du commerce d'assurance-vie dans le Dominion du Canada; et à cette fin,

(c) de faire subir les examens sur les principes et la pratique de l'assurance-vie, ou sur les connaissances générales, ainsi qu'il peut être jugé à propos;

(d) d'accorder des certificats de compétence à ses membres;

(e) d'autoriser ceux de ses membres qu'elle peut désigner à porter le titre et à avoir la qualité d'«Assureur licencié en assurance-vie au Canada».

Il est maintenant bien établi que si les provinces ont le pouvoir exclusif, en vertu du paragraphe 92(11) 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]], de créer «des compagnies pour des objets provinciaux», le Parlement fédéral peut néanmoins créer des sociétés devant exercer leurs activités dans plus d'une province (et qui, à cause de cela, ne sont pas constituées pour des «objets provinciaux») même si ces activités sont

³ *Règle 1212*. Un intimé peut consentir à ce que le jugement porté en appel soit infirmé ou modifié en donnant à l'appelant un avis indiquant qu'il consent à ce que le jugement soit infirmé ou modifié de la manière y indiquée, et la Cour doit ensuite, à la demande de l'appelant, rendre jugement en conformité de l'avis à condition que ledit jugement en soit un qui puisse être prononcé du consentement mutuel des parties.

exclusively a matter for the provinces.⁴ It therefore follows that the constitutionality of legislation adopted by the federal Parliament cannot be challenged solely on the ground that that legislation gives a company created by it the power to carry on an activity which is to be regulated by the provinces.

It seems clear from reading section 2 of the appellant's enabling Act in light of these rules that the Trial Judge was wrong to find that paragraphs 2(c) and (d) were unconstitutional. The only objection that can be made to these two paragraphs is that they authorize the appellant to carry on activities the regulation of which is exclusively a matter for the provinces. As I have just said, that is not a ground of unconstitutionality.

However, the same is not true for paragraph 2(e), which gives the appellant the power

2. ...

(e) To authorize the use by such of its members as it may designate of the title and description "Chartered Life Underwriter of Canada."

This provision does not authorize the appellant to carry on an activity; it gives it the power to confer on certain of its members the right to use the title "Chartered Life Underwriter of Canada". I think it is clear that Parliament cannot give a company the power to confer on its members a right which it could not confer on them itself. Except in matters that are within its jurisdiction,⁵ Parliament does not have the power to legislate to give persons the right to bear or use a title, whether professional or otherwise. Any regulation of this matter is within the field of civil rights; it is, because of that, within the exclusive jurisdiction of the provinces. The federal Parliament therefore cannot confer on the appellant the power to give its members the

⁴ See as to this *Citizens Insurance Company of Canada v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96 (P.C.) at p. 116; *John Deere Plow Company v. Wharton*, [1915] A.C. 330 (P.C.), at p. 340; *Great West Saddlery Co. v. The King*, [1921] 2 A.C. 91 (P.C.) at p. 115.

See also Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed., at pp. 511 *et seq.*

⁵ For example, it can certainly give the companies it creates names and may legislate in this regard.

telles que leur réglementation relève de la compétence exclusive des provinces⁴. Il s'ensuit donc qu'on ne peut contester la constitutionnalité d'une disposition législative adoptée par le Parlement fédéral au seul motif que cette disposition confère à une société qu'il a créée le pouvoir d'exercer une activité dont la réglementation relève des provinces.

Si on lit l'article 2 de la Loi constitutive de l'appelante à la lumière de ces principes, il m'apparaît clair que le juge de première instance a eu tort de juger que les alinéas 2(c) et (d) étaient inconstitutionnels. Le seul reproche que l'on puisse faire à ces deux alinéas, c'est qu'ils autorisent l'appelante à exercer des activités dont la réglementation relève de la compétence exclusive des provinces. Or, je viens de le dire, ce n'est pas là un motif d'inconstitutionnalité.

Il en va différemment, cependant, de l'alinéa 2(e) qui confère à l'appelante le pouvoir

2. ...

(e) d'autoriser ceux de ses membres qu'elle peut désigner à porter le titre et à avoir la qualité d'«Assureur licencié en assurance-vie au Canada».

Ce texte n'autorise pas l'appelante à exercer une activité; il lui accorde le pouvoir de conférer à certains de ses membres le droit de porter le titre d'«Assureur licencié en assurance-vie au Canada». Il me paraît certain que le Parlement ne peut donner à une société le pouvoir de conférer à ses membres un droit qu'il ne pourrait pas lui-même leur conférer. Or, le Parlement n'a pas, sauf dans les matières qui relèvent de sa compétence⁵, le pouvoir de légiférer pour accorder à des personnes le droit de porter ou d'utiliser un titre, qu'il s'agisse d'un titre professionnel ou autre. Toute réglementation sur ce sujet relève du domaine des droits civils; elle est, à cause de cela, de la compétence exclusive des provinces. Le Parlement fédéral ne pouvait donc conférer à l'appelante le pou-

⁴ Voir à ce sujet: *Citizens Insurance Company of Canada v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96 (P.C.), à la p. 116; *John Deere Plow Company v. Wharton*, [1915] A.C. 330 (P.C.), à la p. 340; *Great West Saddlery Co. v. The King*, [1921] 2 A.C. 91 (P.C.), à la p. 115.

Voir aussi: Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 2^e éd., p. 511 et suivantes.

⁵ Par exemple, il peut certainement donner des noms aux sociétés qu'il crée et peut légiférer à ce sujet.

right to use the title of Chartered Life Underwriter because it could not itself give them that right.

The Trial Judge was therefore right in finding that paragraph 2(e) was unconstitutional, and it thus seems impossible to give effect to the compromise reached between the parties in full. I would accordingly allow the respondent's appeal in part only and would vary the judgment of the Trial Division by replacing paragraphs 3 and 4 with the following paragraph:

The Court finds that s. 2(e) of the *Act to incorporate The Life Underwriters' Association of Canada* (14-15 George V, c. 104) is unconstitutional and *ultra vires* the Parliament of Canada.

I would further order the appellant to pay all the respondent's costs, both at trial and on appeal, and in accordance with the agreement by the parties I would set the amount of these costs at \$75,000.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MARCEAU J.A. (dissenting in part): I readily agree with my colleague, Mr. Justice Pratte, on the preliminary issue of the declaration by consent, but unfortunately I am unable to accept his point of view on the substantive question of constitutionality.

1. My position on the preliminary issue is straightforward and can be quickly put. There is no doubt of the principle, in our adversary system of justice, that the litigants themselves are in a large measure masters of the course of action they pursue, and in matters where common ground can be achieved between them, the courts stand ready to give effect to their consent. However, this principle, in my view, does not go so far as allowing the parties to an appeal to vary or reverse, by common accord, a judicial declaration concerning the constitutional validity of a legislative enactment, any more than such a declaration could issue at first instance, were it supported by no more than the

voir d'accorder à ses membres le droit d'utiliser le titre d'assureur licencié en assurance-vie parce qu'il ne pouvait lui-même leur accorder ce droit.

Le premier juge a donc eu raison de juger que l'alinéa 2(e) était inconstitutionnel et, en conséquence, il me semble impossible de donner intégralement effet au compromis intervenu entre les parties. J'accueillerais donc l'appel de l'intimée en partie seulement et je modifierais le jugement de la Section de première instance en y remplaçant les paragraphes 3 et 4 par le paragraphe suivant:

La Cour déclare que l'alinéa 2(e) de la *Loi constituant en corporation The Life Underwriters' Association of Canada* (14-15 George V, chapitre 104) est inconstitutionnel et *ultra vires* du Parlement du Canada.

De plus, j'ordonnerais à l'appelante de payer tous les frais de l'intimée, tant en première instance qu'en appel, et, suivant l'entente des parties, je fixerais le montant de ces frais à 75 000 \$.

* * *

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

LE JUGE MARCEAU, J.C.A. (dissent en partie): Je suis tout à fait d'accord avec mon collègue le juge Pratte sur la question préliminaire du jugement déclaratoire par consentement mais malheureusement, je ne peux souscrire à son point de vue sur la question fondamentale de la constitutionnalité.

1. Ma position sur la question préliminaire est simple et peut se résumer en quelques mots. Dans notre système judiciaire contradictoire, il ne fait aucun doute que les parties elles-mêmes sont dans une grande mesure maîtres de la ligne de conduite qu'elles suivent, et dans les cas où elles peuvent en arriver à un accord, les tribunaux sont disposés à donner suite à leur consentement. Mais à mon avis, ce principe n'a pas une portée telle qu'il permettrait aux parties à un appel de modifier ou d'infirmer, d'un commun accord, un jugement déclaratoire concernant la constitutionnalité d'une disposition législative, pas plus qu'un tel jugement déclaratoire ne pourrait être prononcé de prime abord, s'il n'était appuyé que par le consentement

consent of the litigants. Rule 1212 of the Rules of the Court has no application.⁶

I add that I would hold the same view even if the order proposed by the parties, disposing of the constitutional issue, had the blessing of all the Attorneys General who had chosen to take part in the dispute. Although an Attorney General enjoys a special status as guardian of the public interest, that status does obviously not supersede the role exclusively assigned to courts to decide, in binding terms, what are the limits of the legislative powers of either order of government.

2. The constitutional issue is more complex, but I think I can explain my dissent from the position adopted by my colleague without extensive developments, since our views in fact concur to a fairly good extent.

The federal competence to incorporate companies and fix their powers has long been established and I know of no leading authorities supporting a restriction to that competence based on the objects of the company being incorporated. It is clear, however, that such an authority to incorporate does not include authority to regulate the exercise of powers granted by incorporation. Bearing in mind these two basic propositions, I fail to see how any of the provisions contained in paragraphs (c), (d) or (e) of section 2 of this Act incorporating The Life Underwriters Association of Canada, S.C. 1924, c. 104,⁷ which provisions granted the corporation certain specific powers, could be said to have been *ultra vires* Parliament.

⁶ I reproduce the rule for convenience:

Rule 1212. A respondent may consent to the reversal or variation of the judgment appealed against by giving to the appellant a notice stating that he consents to the reversal or variation of the judgment in the manner therein indicated, and thereupon the Court shall, upon the application of the appellant, pronounce judgment in accordance with the notice as a matter of course if the resultant judgment is one that would have been given on consent.

⁷ For convenience, I reproduce again section 2 of this Act:

2. The objects and powers of the Association shall be to promote by all lawful means the proper and efficient practice of the business of life insurance within the Dominion of Canada; and for the said purpose,—

(Continued on next page)

des parties. La Règle 1212 des Règles de la Cour ne s'applique pas⁶.

J'ajoute que j'adopterais le même point de vue même si tous les procureurs généraux qui ont choisi de prendre part au conflit donnaient leur assentiment à l'ordonnance proposée par les parties aux fins de trancher la question constitutionnelle. Même si un procureur général jouit du statut particulier de gardien de l'intérêt public, ce statut ne remplace évidemment pas le rôle assigné exclusivement aux tribunaux qui doivent décider, de façon exécutoire, quelles sont les limites des pouvoirs législatifs de l'un ou l'autre palier de gouvernement.

2. La question constitutionnelle est plus complexe mais je pense pouvoir expliquer brièvement ma dissidence eu égard au point de vue adopté par mon collègue, puisque nos points de vue convergent en grande partie.

La compétence du gouvernement fédéral pour constituer les compagnies et déterminer leurs pouvoirs est reconnue depuis longtemps et je ne connais aucune autorité importante qui préconise des restrictions à cette compétence en se fondant sur les objets de la compagnie qui est constituée. Mais il est clair qu'un tel pouvoir de constituer une personne morale n'inclut pas celui de réglementer l'exercice des pouvoirs conférés par la constitution. Compte tenu de ces deux principes de base, je ne vois pas comment on pourrait prétendre que l'une ou l'autre des dispositions contenues aux alinéas (c), (d) ou (e) de l'article 2 de cette Loi constituant en corporation The Life Underwriters Association of Canada, S.C. 1924, chap. 104⁷, dispositions qui conféraient à la corporation certains pouvoirs déterminés, est inconstitutionnelle.

⁶ Je reproduis cette règle pour des raisons de commodité:

Règle 1212. Un intimé peut consentir à ce que le jugement porté en appel soit infirmé ou modifié en donnant à l'appellant un avis indiquant qu'il consent à ce que le jugement soit infirmé ou modifié de la manière y indiquée, et la Cour doit ensuite, à la demande de l'appellant, rendre jugement en conformité de l'avis à condition que ledit jugement en soit un qui puisse être prononcé du consentement mutuel des parties.

⁷ Pour des raisons pratiques, je reproduis à nouveau l'article 2 de cette Loi:

2. Les objets et les pouvoirs de l'Association sont de favoriser, par tous les moyens légitimes, la pratique régulière et effective du commerce d'assurance-vie dans le Dominion du Canada; et à cette fin,

(Suite à la page suivante)

It is argued against the validity of paragraph 2(e) that the regulation of professions is the exclusive domain of the provinces. But the Act does not purport to regulate a profession. The designations conferred through paragraph 2(e) impose no obligations nor do they create any immunities from provincial laws. If anything, they might be seen as creating "civil rights of a novel character", the right to a title, comparable to the rights created by a national trade mark established by an Act of Parliament to be applied to a commodity so as to attest the conformity of that commodity to a certain standard defined by the Act. But the Judicial Committee of the Privy Council in *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*, [1937] A.C. 405, has determined that that is not in itself beyond the competence of Parliament.

I do not see why the mere conferring of a title would, under the Constitution, be reserved exclusively to the legislative power having authority to regulate the profession to which the title could be somehow related. To be called professional, it seems to me, a title, like a certificate, must be directly linked to the exercise of the profession; it must have consequences as to the right and ability of its holder to practice the profession. The conferring and holding of a professional title in that sense may, of course, be part of the regulation of the profession, but otherwise the conferring and holding of a title is a neutral act, it seems to me, unconstrained by the division of powers. Any goodwill or economic influence generated by such conferral would accrue solely through the efforts of the Association and its members and would, in no way, be attributed to the state of the legislation.

(Continued from previous page)

- (a) To publish, distribute and sell pamphlets, periodicals, journals, books and other literature relating to the business of life insurance;
- (b) To devote the funds of the Association to promoting the welfare of its members in such manner as the Association may decide;
- (c) To hold such examinations on the principles and practice of life insurance or general educational attainments, as may be found expedient;
- (d) To grant certificates of efficiency to its members;
- (e) To authorize the use by such of its members as it may designate of the title and description "Chartered Life Underwriter of Canada."

On conteste la validité de l'alinéa 2(e) en disant que la réglementation des professions relève du domaine exclusif des provinces. Mais la Loi ne vise pas à réglementer une profession. Les désignations conférées par l'alinéa 2(e) n'imposent aucune obligation ni ne créent une immunité contre les lois provinciales. On pourrait peut-être au plus considérer qu'elles créent [TRADUCTION] «des droits civils d'un caractère nouveau», le droit à un titre, comparable aux droits créés par une marque de commerce nationale établie par une loi du Parlement applicable à un produit de façon à attester la conformité de ce produit à un certain critère défini par la Loi. Mais dans l'arrêt *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*, [1937] A.C. 405, le Comité judiciaire du Conseil privé a statué qu'en soi, cela n'excède pas la compétence du Parlement.

Je ne vois pas pourquoi le simple fait de conférer un titre serait, en vertu de la constitution, réservé exclusivement au pouvoir législatif habilité à réglementer la profession auquel le titre pourrait de quelque façon être relié. Pour être qualifié de professionnel, un titre, tel un certificat, doit, me semble-t-il, être directement lié à l'exercice de la profession; il doit avoir des conséquences quant au droit et à la capacité de son titulaire de pratiquer la profession. Le fait de conférer et de détenir un titre professionnel en ce sens peut, bien sûr, faire partie de la réglementation de la profession mais autrement, il s'agit d'un acte neutre qui, me semble-t-il, n'est pas limité par le partage des pouvoirs. L'achalandage ou l'influence économique générés par l'octroi d'un tel titre ne serait dû qu'aux efforts de l'Association et de ses membres et non à l'état de la législation.

(Suite de la page précédente)

- (a) de publier, distribuer et vendre des opuscules, revues, journaux, livres et autre littérature se rattachant au commerce d'assurance-vie;
- (b) d'utiliser les fonds de l'Association pour favoriser le bien-être de ses membres de la manière que l'Association peut décider;
- (c) de faire subir les examens sur les principes et la pratique de l'assurance-vie, ou sur les connaissances générales, ainsi qu'il peut être jugé à propos;
- (d) d'accorder des certificats de compétence à ses membres;
- (e) d'autoriser ceux de ses membres qu'elle peut désigner à porter le titre et à avoir la qualité d'«Assureur licencié en assurance-vie au Canada».

But could it not be said that a title may be made a matter of professional regulation by provincial legislation, and thereby taken beyond the control and even reach of any federal institution? It would not be correct, I think, to say that this is what happened here, the words "of Canada" in the designation controlled by the national association being sufficient to distinguish it from the designation referred to in section 335 of *An Act respecting Insurance of Quebec*.⁸ But, in any event, even if it could be possible to attach to the provincial legislation the effect of prohibiting within the province the use of the title while practising the profession, the corporate integrity of the federal institution with all its powers, and the constitutional validity of its incorporating statute, would remain intact.

In my view, the declaration in the judgment of first instance that paragraphs 2(c), (d) and (e) of *An Act to incorporate The Life Underwriters' Association of Canada* are *ultra vires* Parliament is ill-founded and ought to be quashed.

* * *

The following is the English version of the reasons for judgment rendered by

DESJARDINS J.A.: The Senior Prothonotary granted the Attorney General of Quebec the right to intervene before the Trial Judge and make submissions regarding constitutionality at the hearing of the above case, pursuant to section 5 of the *Federal Court Rules* and articles 95, 98 and 99 of the *Quebec Code of Civil Procedure*: the intervention procedure, determined by analogy

⁸ Section 335 of *An Act respecting Insurance*, R.S.Q. 1977, c. A-32, reads thus:

335. Whoever has the right to the title of insurance agent may also, where such is the case, have the right to the following titles:

- (a) life insurer;
- (b) chartered life insurer (C.L.U.) or "assureur-vie agréé" (A.V.A.), with the approval of the Provincial Life Insurers Association of Québec and in accordance with the rules of that Association;
- (c) life insurance broker, if he represents more than one life insurance company;
- (d) insurance broker, if he represents more than one damage insurance company;
- (e) any title to which he is authorized under the insurance Brokers Act (chapter C-74).

Mais ne pourrait-on pas dire qu'un titre peut faire l'objet d'une réglementation professionnelle par une loi provinciale et échapper ainsi au contrôle et même être hors de portée d'une institution fédérale? Il ne serait pas exact, je pense, de dire que c'est ce qui est arrivé en l'espèce, les termes «au Canada» figurant dans la désignation contrôlée par l'association nationale, étant suffisants pour la distinguer de la désignation mentionnée à l'article 335 de la *Loi sur les assurances* du Québec⁸. Mais quoi qu'il en soit, même s'il était possible que la législation provinciale ait pour effet d'interdire à quiconque dans la province d'utiliser le titre alors qu'il pratique la profession, l'intégrité de l'institution fédérale en tant que personne morale ainsi que tous ses pouvoirs et la validité constitutionnelle de sa loi constitutive demeureraient intacts.

À mon avis, la partie du jugement de première instance déclarant que les alinéas 2(c), (d) et (e) de la *Loi constituant en corporation The Life Underwriters' Association of Canada* sont inconstitutionnels est mal fondée et devrait être annulée.

* * *

Voici les motifs du jugement rendu en français par

LE JUGE DESJARDINS, J.C.A.: Le protonotaire-chef a accordé au procureur général du Québec le droit d'intervenir devant le juge de première instance et de faire des représentations d'ordre constitutionnel lors de l'audition de la cause en titre en application de l'article 5 des *Règles de la Cour fédérale* et des articles 95, 98 et 99 du *Code de procédure civile* du Québec; les modalités d'inter-

⁸ L'article 335 de la *Loi sur les assurances* du Québec, L.R.Q. 1977, chap. A-32, est ainsi conçu:

335. Quiconque a droit au titre d'agent d'assurance peut, le cas échéant, avoir également droit aux titres suivants:

- a) assureur-vie;
- b) assureur-vie agréé (A.V.A.) ou «chartered life insurer» (C.L.U.), moyennant l'agrément de l'Association provinciale des assureurs-vie du Québec et conformément aux statuts de cette association;
- c) courtier d'assurance-vie, s'il représente plus d'une compagnie d'assurance sur la vie;
- d) courtier d'assurance, s'il représente plus d'une compagnie d'assurance de dommages;
- e) tout titre auquel lui donne droit la Loi des courtiers d'assurances (chapitre C-74).

with Rule 1010 of the *Federal Court Rules*, was that the intervenor should limit himself “solely to legal arguments at the close of the hearing, subject to his rights in connection with facts that may be disclosed and that may concern the Attorney General or the Minister”.

Though this does not make the Attorney General of Quebec’s status equivalent to that of a party, he remains guardian of the public interest. His refusal to acquiesce in the consent judgment submitted by the parties, because of the constitutional position taken by them, prevents this Court from approving that consent—assuming that the parties’ and the intervenor’s consent can resolve a point of constitutional law, as to which I express no opinion. On this first point, I agree with my colleagues.

On the second point, I concur in the result with Pratte J.A. Paragraph 2(e) of the *Act to incorporate The Life Underwriters’ Association of Canada*⁹ gives the appellant the right to authorize “the use by such of its members . . . of the title and description Chartered Life Underwriter of Canada” (“à porter le titre et à avoir la qualité d’assureur licencié en assurance-vie du Canada”). The appellant in fact awards the titles “assureur-vie agréé” (A.V.A.) and “Chartered Life Under-

vention, déterminées par analogie avec la Règle 1010 des *Règles de la Cour fédérale*, étant que l’intervenant s’en tienne «aux seuls arguments légaux à la fin de l’audition, sous réserve de ses droits quant à des faits qui seraient révélés et qui mettraient en cause le Procureur général ou le Ministre».

Même si le statut du procureur général du Québec n’équivaut pas pour autant à celui de partie, son rôle demeure celui de gardien de l’intérêt public. Son refus d’acquiescer au jugement de consentement présenté par les parties, à cause de la position constitutionnelle qu’elles adoptent, empêche cette Cour d’entériner ce consentement à supposer qu’un consentement des parties et de l’intervenant soit possible pour régler un litige d’ordre constitutionnel,—ce sur quoi je ne me prononce pas. Sur ce premier point, je suis d’accord avec mes deux collègues.

Sur le deuxième point, je souscris à la conclusion à laquelle en arrive le juge d’appel Pratte. L’alinéa 2(e) de la *Loi constituant en corporation The Life Underwriters’ Association of Canada*⁹ donne à l’appelante le droit d’autoriser ceux de ses membres qu’elle désigne «à porter le titre et à avoir la qualité d’Assureur licencié en assurance-vie au Canada»: («the use by such of its members . . . of the title and description «Chartered Life Underwriter of Canada»). L’appelante dispense de fait

⁹ S.C. 1924, c. 104. The complete section 2 reads as follows:

2. The objects and powers of the Association shall be to promote by all lawful means the proper and efficient practice of the business of life insurance within the Dominion of Canada; and for the said purpose,—

- (a) To publish, distribute and sell pamphlets, periodicals, journals, books and other literature relating to the business of life insurance;
- (b) To devote the funds of the Association to promoting the welfare of its members in such manner as the Association may decide;
- (c) To hold such examinations on the principles and practice of life insurance or general educational attainments, as may be found expedient;
- (d) To grant certificates of efficiency to its members;
- (e) To authorize the use by such of its members as it may designate of the title and description “Chartered Life Underwriter of Canada.”

⁹ S.C. 1924, chap. 104. L’article 2 en son entier se lit comme suit:

2. Les objets et les pouvoirs de l’Association sont de favoriser, par tous les moyens légitimes, la pratique régulière et effective du commerce d’assurance-vie dans le Dominion du Canada; et à cette fin,

- (a) de publier, distribuer et vendre des opuscules, revues, journaux, livres et autre littérature se rattachant au commerce d’assurance-vie;
- (b) d’utiliser les fonds de l’Association pour favoriser le bien-être de ses membres de la manière que l’Association peut décider;
- (c) de faire subir les examens sur les principes et la pratique de l’assurance-vie, ou sur les connaissances générales, ainsi qu’il peut être jugé à propos;
- (d) d’accorder des certificats de compétence à ses membres;
- (e) d’autoriser ceux de ses membres qu’elle peut désigner à porter le titre et à avoir la qualité d’«Assureur licencié en assurance-vie au Canada».

writer” (C.L.U.).¹⁰ The title is thus a professional one which complements the certificate of competence. The addition of the words “of Canada” (“*au Canada*”) does not alter the classification of this legislation in any way and cannot give it constitutional legitimacy.

Federal jurisdiction over the powers Parliament can confer on the companies created by it stops where the field of provincial jurisdiction begins. The Canadian Parliament may incorporate companies having purposes other than “provincial” ones,¹¹ but it cannot give them the power to confer a professional title, as this power is part of the provincial jurisdiction over regulation of the professions.

I would dispose of the appeal in the manner suggested by Pratte J.A.

les titres «assureur-vie agréé» (A.V.A.) et «*Chartered Life Underwriter*» (C.L.U.)¹⁰. Il s’agit par conséquent d’un titre professionnel qui s’ajoute au certificat de compétence. L’ajout des mots «au Canada» («*of Canada*») ne change rien à la qualification de cette disposition législative et ne peut la légitimer sur le plan constitutionnel.

La compétence fédérale relative aux pouvoirs que le Parlement peut conférer aux compagnies constituées par lui s’arrête là où commence le champ de juridiction provinciale. Le Parlement canadien peut constituer en corporation des compagnies qui poursuivent des objets autres que «provinciaux»¹¹, mais il ne peut leur donner le pouvoir de conférer un titre professionnel, ce pouvoir relevant de la juridiction provinciale en matière de réglementation des professions.

Je disposerais de l’appel de la manière suggérée par le juge d’appel Pratte.

¹⁰ Appeal case, p. 2217. See also p. 2249.

¹¹ *Constitution Act, 1867*, R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5, subsection 92(11) and section 91, preamble.

¹⁰ Dossier d’appel à la p. 2217. Voir également p. 2249.

¹¹ *Loi constitutionnelle de 1867*, L.R.C. (1985), appendice II, n° 5, paragraphe 92(11) et article 91, paragraphe introductif.

T-1042-86
T-1090-86
T-1200-86

T-1042-86
T-1090-86
T-1200-86

Information Commissioner of Canada (*Applicant*)

v.

Minister of External Affairs (*Respondent*)

INDEXED AS: CANADA (INFORMATION COMMISSIONER) v. CANADA (MINISTER OF EXTERNAL AFFAIRS) (T.D.)

Trial Division, Muldoon J.—Ottawa, April 26 and August 28, 1990.

Access to information — Applications to review deemed refusal to disclose records relating to free trade negotiations with U.S.A. — Respondent conceding extensions of time limits not justified, but arguing application moot as records eventually released — Commissioner entitled to judicial determination under Access to Information Act, s. 42(1)(a) — “Any refusal” in s. 42(1)(a) including deemed refusal — Judicial scrutiny unrestricted — Purpose of review to let other potential respondents know where they stand, not just to secure admission of tardiness in instant case — Purpose of Act to force change of public servants’ reluctance to release government information.

These were applications for a review under *Access to Information Act*, paragraph 42(1)(a) of the deemed refusal by the Minister of External Affairs to disclose records related to free trade negotiations with the U.S.A. The issues revolved around the tardiness of the respondent’s high departmental managers in complying with the requests for access to information within the primary time frame for so doing as well as extended times. The respondent’s counsel conceded that their conduct was so tardy as to amount to “deemed refusals” to give access to the information. The requesters complained to the Information Commissioner, who found the complaints to be justified. A week or so after the filing of these applications, or some six to eight months after the original requests, the records were released with an accompanying press kit. In asserting that the Department of External Affairs acted unreasonably and outside the spirit of the Act by obfuscating the reasons for the delays in responding to the access requests, the applicant conceded that she does not assert malice, only very great negligence. The respondent denied any deliberate strategy to delay, or to obfuscate. It conceded that the 120-days’ extension invoked in regard to each request was not justified, but urged the Court to decline to accord discretionary declaratory relief because the issues were moot in light of the eventual compliance. Furthermore, it submitted that the Information Commissioner was attempting to use the Court review process as a substitute for her own investigation (under section 32 of the Act) and annual report to

Commissaire à l’information du Canada (*requérant*)

c.

Ministre des Affaires extérieures (*intimé*)

RÉPERTORIÉ: CANADA (COMMISSAIRE À L’INFORMATION) c. CANADA (MINISTRE DES AFFAIRES EXTÉRIEURES) (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge Muldoon—Ottawa, 26 avril et 28 août 1990.

Accès à l’information — Demandes de révision de refus présumés de communiquer des documents relatifs aux négociations sur le libre-échange avec les É.-U. — L’intimé admet que les prorogations de délai n’étaient pas justifiées, mais fait valoir que la demande revêt désormais un caractère théorique, les documents ayant finalement été publiés — Le commissaire a le droit de faire trancher les questions en cause par un tribunal en vertu de l’art. 42(1)a) de la Loi sur l’accès à l’information — L’expression «any refusal» («refus») à l’art. 42(1)a) comprend un refus présumé — Examen judiciaire illimité — La révision a non seulement pour objet de faire admettre le retard indu en l’espèce, mais également de permettre aux intimés éventuels de savoir ce qu’il en est — L’objectif de la Loi est de faire disparaître l’hésitation des fonctionnaires à communiquer les renseignements que possède le gouvernement.

Il s’agissait en l’espèce de demandes de révision, conformément à l’alinéa 42(1)a) de la *Loi sur l’accès à l’information*, du refus présumé du ministre des Affaires extérieures de communiquer des documents relatifs aux négociations sur le libre-échange avec les É.-U. Les questions en litige concernaient le retard des gestionnaires du Ministère de l’intimé à donner suite aux demandes de communication de documents dans le délai prescrit pour le faire, de même que dans la prorogation de délai permise. L’avocate de l’intimé a reconnu que les gestionnaires de l’intimé ont tellement tardé à agir que leur conduite valait des «refus présumés» de communication. Les requérants ont porté plainte devant le Commissaire à l’information qui a conclu que leurs plaintes étaient fondées. Une semaine environ après le dépôt de ces demandes, soit environ six à huit mois après le dépôt des demandes originales, les documents ont été communiqués avec un dossier de presse. En faisant valoir que le ministère des Affaires extérieures a agi négligemment et par ignorance de l’esprit de la Loi en rendant obscurs les motifs de ses retards à donner suite aux demandes de communication, le requérant admet qu’il ne prétend pas qu’il y a eu intention de nuire, mais simplement une très grande négligence. L’intimé a nié qu’il y avait eu intention délibérée de retarder les choses ou de les rendre obscures. Il a admis que la prorogation de délai de 120 jours invoquée relativement à chaque demande était injustifiée, mais il a prié la Cour de refuser d’accorder le jugement déclaratoire discrétionnaire parce que les points litigieux revêtaient désormais un caractère théorique, les documents ayant finalement été communiqués. De plus, il a soutenu que le Commissaire à l’information tentait d’exercer un recours en

the Minister (section 38) or special report to Parliament (section 39).

Held, an order should go as asked.

The department had delayed unduly in responding to the access requests; the extensions of time were not justified; the Department acted negligently, ignorantly and outside the spirit of the Act by obfuscating (without malice) the reasons for the delays; and, being unjustified pursuant to section 9, the 120-day extensions amounted to deemed refusals to disclose the requested records. The effect of these findings should accordingly be declared in accordance with section 49.

The Commissioner is entitled to a judicial determination of the matters under review. Paragraph 42(1)(a) accords the choice of proceeding by application to the Court absolutely. That right could not be thwarted by the untimely tendering of concessions.

The term "any refusal" in paragraph 42(1)(a) includes a deemed refusal, defined in subsection 10(3) as failing to give access within the time limits set out in the Act. The content of the "review of any refusal to disclose a record requested under the Act" is unlimited. It means unrestricted judicial scrutiny which may result in the granting of relief which is corrective, directive, instructive and declaratory. This interpretation is supported by the uniform ending expressed in sections 49, 50 and 51: "the Court . . . shall make such other order as the Court deems appropriate".

The purpose of the paragraph 42(1)(a) review is not just to make the respondent acknowledge unreasonable tardiness, but also to let all other potential respondents know where they stand in these matters. Responding to requests is extra work for the government departments, but when, as in the *Access to Information Act*, Parliament lays down these additional responsibilities, there must be compliance. One of the principal purposes of the Act is to force a change of public servants' habitual reluctance to give out government information.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Access to Information Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 111 (Schedule), ss. 9, 10(3), 32, 38, 39, 40, 41, 42, 49, 50, 51, 53.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Aerlínte Eireann Teoranta v. Canada, [1987] 3 F.C. 383 (T.D.); affd A-155-87, Heald J.A., judgment dated 27/2/90, not yet reported; *Mikaeli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 1 F.C. 562 (T.D.).

COUNSEL:

Michael L. Phelan, Patricia J. Wilson and Paul B. Tetro for applicant.

révision devant la Cour au lieu de faire enquête (en vertu de l'article 32 de la Loi) et de présenter un rapport annuel au ministre (article 38) ou un rapport spécial au Parlement (article 39).

Jugement: l'ordonnance demandée devrait être accueillie.

^a Le Ministère a tardé indûment à donner suite aux demandes de communication; les prorogations de délai étaient injustifiées; le Ministère a agi négligemment et par ignorance de l'esprit de la Loi en rendant obscurs (mais sans intention de nuire) les motifs de ses retards et, n'étant pas justifiées par l'article 9, les prorogations de délai de 120 jours valaient des refus présumés de communiquer les documents demandés. Il faudrait donc donner effet à ces conclusions conformément à l'article 49.

^b Le Commissaire a le droit de faire trancher les questions en cause par un tribunal. L'alinéa 42(1)a accorde sans restriction la possibilité de procéder en s'adressant à la Cour. Il ne devrait pas être possible de contrecarrer l'exercice de ce droit en faisant des admissions à la dernière minute.

^c L'expression «*any refusal*» («refus») à l'alinéa 42(1)a comprend un refus présumé, défini au paragraphe 10(3) comme le défaut de communication d'un document dans les délais prévus par la Loi. L'objet de la «révision pour refus de communication . . . d'un document» est illimité. Cela signifie un examen judiciaire illimité qui peut entraîner un redressement ou des mesures qui sont correctrices et déclaratoires, et donnent des directives ou des instructions. Cette interprétation est renforcée par les termes utilisés à la fin de chacun des articles 49, 50 et 51: «la Cour rend une autre ordonnance si elle l'estime indiqué».

^d La révision prévue à l'alinéa 42(1)a a non seulement pour objet de faire admettre à l'intimé qu'il a tardé indûment à agir mais aussi de permettre aux autres intimés éventuels de savoir ce qu'il en est. Donner suite à de telles demandes nécessite un travail supplémentaire de la part des ministères du gouvernement, mais lorsque le législateur impose des responsabilités supplémentaires, comme il le fait dans la *Loi sur l'accès à l'information*, il n'y a qu'à obtempérer. L'un des principaux objectifs de la Loi est de faire disparaître l'hésitation des fonctionnaires à fournir les renseignements que possède le gouvernement.

g LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur l'accès à l'information, S.C. 1980-81-82-83, chap. 111 (annexe), art. 9, 10(3), 32, 38, 39, 40, 41, 42, 49, 50, 51, 53.

h JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Aerlínte Eireann Teoranta c. Canada, [1987] 3 C.F. 383 (1^{re} inst.); conf. par A-155-87, juge Heald, J.C.A., jugement daté du 27-2-90, encore inédit; *Mikaeli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 1 C.F. 562 (1^{re} inst.).

AVOCATS:

Michael L. Phelan, Patricia J. Wilson et Paul B. Tetro pour le requérant.

Barbara A. McIsaac for respondent.

Barbara A. McIsaac pour l'intimé.

SOLICITORS:

Osler, Hoskin & Harcourt, Ottawa, for a applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

PROCUREURS:

Osler, Hoskin & Harcourt, Ottawa, pour le requérant.
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 de l'ordonnance rendus par

MULDOON J.: Considering the subject-matter, these are old files. The respective motions were heard by the Court on April 26, 1990, and counsel indicated that because of the effluxion of time, all sense of urgency had even by then drained out of these matters.

LE JUGE MULDOON: Compte tenu de l'objet de la demande, il s'agit d'une affaire ancienne. Les diverses requêtes ont été entendues par la Cour le 26 avril 1990, et les avocats ont indiqué qu'en raison du temps écoulé, les questions en cause ont perdu leur urgence.

Each of the applicants made access requests under the *Access to Information Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 111 (the Act), Schedule I, as follows:

Chacun des requérants a présenté des demandes de communication sous le régime de la *Loi sur l'accès à l'information*, S.C. 1980-81-82-83, chap. 111 (la Loi), annexe I:

Leslie Shepherd—three; dated November 27, 1985, November 28, 1985, December 17, 1985

Leslie Shepherd—trois demandes datées du 27 novembre 1985, du 28 novembre 1985 et du 17 décembre 1985;

Bruce Campbell—one; dated December 3, 1985 Mr. Campbell is stated to have been a researcher for Steven Langdon, M.P.,

Bruce Campbell—une demande datée du 3 décembre 1985. Il est mentionné que M. Campbell était recherchiste pour le député Steven Langdon;

and

f et

Martin Cohn—two; dated September 30, 1985, December 9, 1985.

Martin Cohn—deux demandes datées du 30 septembre 1985 et du 9 décembre 1985.

All three virtually identical notices of application reveal that an application will be made:

Les trois avis de requête, qui sont pratiquement identiques, indiquent qu'une demande sera présentée:

... pursuant to paragraph 42(1)(a) of the [Act] ... for a review of the deemed refusal pursuant to subsection 10(3) of the Act by the Respondent Minister ... to disclose certain records requested under the Act by [the three applicants, respectively] namely certain records related to free trade negotiations with the United States of America, as set out in [the above listed] access requests dated [as above noted] copies of which are attached as exhibits ... to the affidavit of James G. Long, filed.

[TRADUCTION] ... conformément à l'alinéa 42(1)a) de la [Loi] ... afin d'exercer le recours en révision pour refus présumé, conformément au paragraphe 10(3) de la Loi, de la part du ministre intimé ... de communiquer certains documents demandés par [les trois requérants, respectivement], notamment certains documents relatifs aux négociations sur le libre-échange avec les États-Unis, comme l'indiquent les demandes de communication [énumérées ci-dessus] datées [comme ci-dessus], dont des copies sont jointes sous les cotes ... à l'affidavit de James G. Long.

Some ten months after the filing of the three applications, the respondent, in December, 1986, moved in each instance to have the respective applications dismissed ...

i Environ dix mois après le dépôt des trois demandes, l'intimé a sollicité en décembre 1986 le rejet de chacune de celles-ci ...

upon the ground that the applicant seeks a declaration as to an issue which is academic and of no practical consequence ...

j [TRADUCTION] au motif que le requérant sollicite un jugement déclaratoire concernant une question théorique sans conséquences pratiques ...

The aforesaid motions for dismissal came on to be heard by the Associate Chief Justice who, on January 28, 1987, made an order reserving his disposition "until the main motion is heard".

The issues in these cases revolve around the tardiness of the respondent's high departmental managers in complying with the requests for access to information within the primary time frame for so doing as well as extended times. So tardy were the respondent's high officials that, it is conceded by the respondent's counsel, their conduct amounted to "deemed refusals" to give access to the information. This generated the requesters' complaints to the Access to Information Commissioner (hereinafter, sometimes: the Commissioner) and it is conceded that she, the Commissioner, found that the requesters' complaints were well founded.

The respondent, by counsel, "does not take issue with the reconstruction by the . . . Commissioner and her counsel of the facts relating to the processing of the requests which are in issue in this application". It seems that every document of proximate or remote relevance to these proceedings has been lodged in Court, producing an eye-straining quantity of reading-materials. The facts are recited on 23 foolscap sheets in volume IV of the Commissioner's record. Those who thirst for buckets of detail in the to-ing and fro-ing, may find satisfaction in the reading.

A week or so after the filing of Shepherd's and Campbell's cases in Court by the Commissioner, that is, according to paragraph 55 of the applicant's statement of facts in her motion record, on May 21, 1986, the records were released with an accompanying press kit. Additional information was released on May 29 and 30, 1986. Reference is made to Simon Wade's affidavit, paragraph 26 and to James Gordon Long's affidavit in T-1200-86, both found in the motion record volume I, tabs 10, 11 and 12 and tab 6 respectively. The last-mentioned application, Cohn's, T-1200-86, was instituted on May 26, 1986. The applicant's counsel, in Court, conceded that when he asserts in paragraph 61(f) of volume IV of the applicant's record that the preceding paragraphs 18 to 28

Ces requêtes visant à obtenir le rejet des demandes ont été entendues par le juge en chef adjoint qui, le 28 janvier 1987, a rendu une ordonnance dans laquelle il réservait sa décision [TRADUCTION] «en attendant l'audition de la requête principale».

Les questions en litige dans ces affaires concernent le retard des gestionnaires du Ministère de l'intimé à donner suite aux demandes de communication de documents dans le délai prescrit pour le faire, de même que dans la prorogation de délai permis. Les hauts fonctionnaires de l'intimé ont tellement tardé à agir que, de l'aveu même de l'avocate de l'intimé, leur conduite valait des «refus présumés» de communication. C'est ce qui a amené les requérants à porter plainte devant le Commissaire à l'information (appelé parfois ci-après, le Commissaire), et il est admis que cette dernière, c'est-à-dire le Commissaire, a conclu que les plaintes des requérants étaient fondées.

L'intimé, par l'intermédiaire de son avocate, [TRADUCTION] «ne conteste pas la reconstitution par le Commissaire . . . et son avocat des faits relatifs au traitement des demandes en litige dans la présente requête». Il semble que tous les documents touchant de près ou de loin ces procédures ont été soumis à la Cour, constituant une montagne de documents dont la lecture a de quoi provoquer des maux de tête. Les faits sont exposés sur 23 feuilles de papier ministre dans le volume IV du dossier du Commissaire. Les personnes assoiffées de détails concernant les tenants et aboutissants de l'affaire pourront trouver satisfaction dans la lecture de ces documents.

Une semaine environ après le dépôt par le Commissaire des affaires Shepherd et Campbell, c'est-à-dire le 21 mai 1986 d'après le paragraphe 55 de l'exposé des faits figurant dans le dossier de requête du requérant, les documents ont été communiqués avec un dossier de presse. Des renseignements supplémentaires ont été communiqués les 29 et 30 mai 1986. Il est question du paragraphe 26 de l'affidavit de Simon Wade et de l'affidavit de James Gordon Long produit dans l'affaire T-1200-86, ces deux documents se trouvant dans le volume I du dossier de requête, aux onglets 10, 11 et 12, et 6 respectivement. La dernière demande mentionnée, c'est-à-dire celle de Cohn portant le numéro de greffe T-1200-86, a été déposée le 26 mai 1986. Devant la Cour, l'avocat

show that “the Department [of External Affairs] acted unreasonably and outside the spirit of the Act by obfuscating the reasons for the delays in responding to the access requests during the course of the Information Commissioner’s investigation”, the applicant does not assert malice, only very great negligence. It is just as well that counsel made that concession, for the words surely do seem to convey, if not malice, then very bad faith. On this, the respondent is adamant that there was no deliberate strategy by the respondent’s high officials to delay, or to obfuscate.

Most of the rest of the concessions proceed from the respondent, by counsel, and they save the applicant’s counsel much effort by establishing much of the applicant’s case. Not only did the respondent’s counsel make concessions in her letter dated February 11, 1987, lodged in all three files, but the respondent’s motion record has a confessional air about it, too. It proceeds, thus:

2. With respect to the findings which the Information Commissioner urges at paragraph 61 of her memorandum, the Respondent has conceded from the outset of these proceedings that there was a deemed refusal when the extended time limits for responding to these requests were not met.

3. Similarly, the Respondent has conceded from the outset that, in retrospect, no evidence is available to justify the reasonableness of the 120 day extensions which were taken in respect of these requests.

4. The Respondent has also conceded that it would have been better had it released records to the requestors as they became ready for release, rather than waiting until all of the records were ready.

5. With respect to subparagraph (c) of paragraph 61, it is submitted that there is nothing in the evidence to justify a conclusion that the officials who were working on the processing of these requests proceeded only on the basis of the fact that the extended time periods had not yet expired.

6. With respect to subparagraph (f) of paragraph 61, it is submitted that there is nothing in the evidence to justify a conclusion that the Respondent or officials within the Department deliberately obfuscated the reasons for the delays when responding to the Information Commissioner’s investigation.

7. It is respectfully submitted that the Information Commissioner is attempting to use the Court review process in this case as a substitute for her own investigation, and that she had the power to make a full investigation of the delays, to make

du requérant a admis que lorsqu’il déclare à l’alinéa 61f) du volume IV du dossier du requérant que les paragraphes 18 à 28 indiquent que [TRADUCTION] «le ministère [des Affaires extérieures] a agi négligemment et par ignorance de l’esprit de la Loi en rendant obscurs au cours de l’enquête du Commissaire à l’information les motifs de ses retards à donner suite aux demandes de communication», le requérant ne prétend pas qu’il y a eu intention de nuire, mais simplement une très grande négligence. Heureusement que l’avocat a admis ce fait, car les termes employés semblent indiquer qu’on a fait montre sinon d’une intention de nuire, du moins d’une très mauvaise foi. À cet égard, l’intimé est ferme et soutient que les hauts fonctionnaires de l’intimé n’ont pas délibérément voulu retarder les choses ou les rendre obscures.

La plupart des autres aveux ont été le fait de l’intimé, par l’intermédiaire de son avocate, et ils ont épargné beaucoup d’efforts à l’avocat du requérant en établissant une bonne partie de sa preuve. Non seulement l’avocate de l’intimé a fait des concessions dans sa lettre datée du 11 février 1987 qui a été versée dans les trois dossiers, mais le dossier de requête de l’intimé semble également constituer une reconnaissance des faits à cet égard. Il contient notamment les paragraphes suivants:

[TRADUCTION] 2. En ce qui concerne les conclusions avancées par le Commissaire à l’information au paragraphe 61 de son exposé, l’intimé a admis dès le début des présentes procédures qu’il y a eu refus présumé lorsqu’a pris fin la prorogation du délai pour donner suite à ces demandes.

3. De même, l’intimé a admis dès le départ qu’aucun élément de preuve ne montre le caractère raisonnable des prorogations de délai de 120 jours à l’égard de ces demandes.

4. L’intimé a également admis qu’il aurait été préférable de communiquer les documents aux demandeurs au fur et à mesure qu’ils étaient prêts à être communiqués plutôt que d’attendre qu’ils soient tous prêts à l’être.

5. En ce qui concerne l’alinéa c) du paragraphe 61, il est allégué que rien dans la preuve ne permet de conclure que les fonctionnaires qui s’occupaient de ces demandes ont agi en tenant seulement compte du fait que les périodes de prorogation de délai n’étaient pas encore expirées.

6. En ce qui concerne l’alinéa f) du paragraphe 61, il est allégué que rien dans la preuve ne permet de conclure que l’intimé ou les fonctionnaires du Ministère ont délibérément rendu obscurs, au cours de l’enquête du Commissaire à l’information, les motifs des retards.

7. Il est allégué que le Commissaire à l’information tente en l’espèce d’exercer un recours en révision devant la Cour au lieu de faire enquête, et qu’elle était habilitée à faire une enquête approfondie sur les retards, à tirer des conclusions de fait et à

findings of fact, and to make a report of her findings to the Minister and, if she felt it appropriate, to Parliament. It is again respectfully submitted that the declaratory relief sought by the Commissioner would serve no useful purpose, and that this Court ought to exercise its discretion and decline to make the findings requested by the Commissioner or issue the declaration which [*sic*] has been requested.

At the hearing of these matters, the respondent's counsel noted that the records to which the applicant sought access related to a significant government initiative, free trade with the U.S.A. and to Canada's negotiating position. She asserted, rightly, that the information recorded had to be reviewed very carefully. Granted. Even so, however, that correct assertion does nothing to dilute the concessions stated in the respondent's motion record and earlier in the proceedings.

The Act provides alternative, or rather additional, approaches for the Commissioner to attempt in order to exact compliance with the law on the part of heads of government institutions. The Commissioner may commence an investigation pursuant to section 32 of this Access to Information legislation. More to the point of identifying and, in a sense, denouncing, recalcitrance, bloody-mindedness or negligence by heads of governmental institutions, the Commissioner could comment or complain about it in an annual report (section 38) or a special report (section 39) to Parliament.

It is, surely, for the Commissioner to decide whether the somewhat diffused proceeding of transmitting a report to the respective speakers of the Senate and House of Commons pursuant to section 40, when the complaint involves high officials of the government of the day involved in a significant government initiative—free trade, here—would be as effective as direct application to the Court, an objectively non-partisan adjudicator which may make a review on grounds of law. The choice of proceeding as the Information Commissioner now does, pursuant to paragraph 42(1)(a) of the Act, is accorded absolutely by Parliament, in the Act. The Commissioner's choice is not to be gainsaid by any respondent on any grounds of distaste, inconvenience or tendering late conces-

présenter un rapport au ministre et, si elle l'estime approprié, au Parlement. Il est en outre allégué que le jugement déclaratoire sollicité par le Commissaire ne sera d'aucune utilité, et que la Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire et refuser de tirer les conclusions demandées par le Commissaire ou de rendre le jugement déclaratoire sollicité.

À l'audience, l'avocate de l'intimé a fait remarquer que les documents dont le requérant demandait la communication concernaient une entreprise importante du gouvernement, le libre-échange avec les É.-U., et la position du Canada dans ces négociations. Elle a soutenu, à juste titre, que ces renseignements devaient être examinés très attentivement. J'en conviens. Néanmoins, cette prétention correcte n'enlève rien aux concessions faites dans le dossier de requête de l'intimé et plus tôt dans les procédures.

La Loi prévoit des moyens subsidiaires, ou plutôt supplémentaires, par lesquels le Commissaire peut forcer les responsables d'institutions fédérales à se conformer à la loi. Le Commissaire peut procéder à une enquête conformément à l'article 32 de cette loi sur l'accès à l'information. Ce qui est encore plus pertinent pour déterminer et, en un sens, dénoncer la négligence, l'hésitation ou le désir d'embêter tout le monde des responsables d'institutions fédérales, le Commissaire peut faire des commentaires à cet égard ou porter plainte dans un rapport annuel (article 38) ou un rapport spécial (article 39) présenté au Parlement.

Il incombe vraisemblablement au Commissaire de déterminer si la procédure un peu compliquée qui consiste à remettre un rapport au président du Sénat et à celui de la Chambre des communes conformément à l'article 40, lorsque la plainte concerne des hauts fonctionnaires du gouvernement en place s'occupant d'une entreprise importante du gouvernement—en l'espèce, le libre-échange—serait aussi efficace qu'une demande adressée directement à la Cour, cette dernière étant un arbitre impartial et objectif qui peut effectuer une révision en se fondant sur le droit. La possibilité d'agir comme le fait maintenant le Commissaire à l'information, conformément à l'alinéa 42(1)a) de la Loi, lui est accordée sans restriction par le législateur dans la Loi. Aucun intimé ne peut s'opposer au choix du Commissaire en alléguant que ce choix ne lui plaît pas ou lui cause des désagréments ou encore, en faisant des

sions. The Commissioner is entitled to have a judicial determination of the matters under review.

The pertinent legislative provisions are titled "Review by the Federal Court", and they run as follows:

41. Any person who has been refused access to a record requested under this Act or a part thereof may, if a complaint has been made to the Information 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 Information Commissioner are reported to the complainant under subsection 37(2) or within such further time as the Court may, either before or after the expiry of those forty-five days, fix or allow.

42. (1) The Information Commissioner may

(a) apply to the Court, within the time limits prescribed by section 41, for a review of any refusal to disclose a record requested under this Act or a part thereof in respect of which an investigation has been carried out by the Information Commissioner, if the Commissioner has the consent of the person who requested access to the record;

(b) appear before the Court on behalf of any person who has applied for a review under section 41; or

(c) with leave of the Court, appear as a party to any review applied for under section 41 or 44.

The term "any refusal" must include a deemed refusal defined in subsection 10(3) as failing to give access within the time limits set out in the Act. The concurrence of the French language version of a statutory text with the English language version where the latter expresses "any" and the French language version expresses no specific equivalent word, as is the case in paragraph 42(1)(a), is dealt with in *Aerlinte Eireann Teoranta v. Canada*, [1987] 3 F.C. 383 (T.D.), at page 395, upheld on appeal, A-155-87 [Heald J.A., judgment dated 27/2/90, not yet reported], and more recently in *Mikaeli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 1 F.C. 562 (T.D.) at page 569. The content of the "review of any refusal to disclose a record requested under the Act" is quite unlimited. It means therefore, nothing less than unrestricted judicial scrutiny which may result in measures or relief which are, at least, corrective, directive, instructive and declaratory. In effect Parliament accords the plenitude of judicial supervision which is the hallmark of a superior Court's jurisdiction. Parliament imposes no restriction here.

concessions à la dernière minute. Le Commissaire a le droit de faire trancher les questions en cause par un tribunal.

Les dispositions législatives pertinentes sont intitulées «Révision par la Cour fédérale»; en voici le texte:

41. La personne qui s'est vu refuser communication totale ou partielle d'un document demandé en vertu de la présente loi et qui a déposé ou fait déposer une plainte à ce sujet devant le Commissaire à l'information peut, dans un délai de quarante-cinq jours suivant le compte rendu du Commissaire prévu au paragraphe 37(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.

42. (1) Le Commissaire à l'information a qualité pour:

a) exercer lui-même, à l'issue de son enquête et dans les délais prévus à l'article 41, le recours en révision pour refus de communication totale ou partielle d'un document, avec le consentement de la personne qui avait demandé le document;

b) comparaître devant la Cour au nom de la personne qui a exercé un recours devant la Cour en vertu de l'article 41;

c) comparaître, avec l'autorisation de la Cour, comme partie à une instance engagée en vertu des articles 41 ou 44.

L'expression «any refusal» («refus») doit comprendre un refus présumé, défini au paragraphe 10(3) comme le défaut de communication d'un document dans les délais prévus par la Loi. La question de la concordance du texte français d'une loi avec son texte anglais où figure le terme «any» alors qu'il n'existe aucun terme précis équivalent dans le texte français, comme c'est le cas à l'alinéa 42(1)a), a été analysée dans l'affaire *Aerlinte Eireann Teoranta c. Canada*, [1987] 3 C.F. 383 (1^{re} inst.), à la page 395, confirmée en appel sous le n° de greffe A-155-87 [le juge Heald, J.C.A., jugement en date du 27-2-90, encore inédit], et plus récemment, dans l'affaire *Mikaeli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 1 C.F. 562 (1^{re} inst.), à la page 569. L'objet de la «révision pour refus de communication... d'un document» est quasi illimité. Cela signifie, par conséquent, rien de moins qu'un examen judiciaire illimité qui peut entraîner un redressement ou des mesures qui sont, à tout le moins, correctrices et déclaratoires, et donnent des directives ou des instructions. En fait, le législateur confère la plénitude du pouvoir de surveillance judiciaire qui constitue la marque de la compétence d'une cour supérieure. Le législateur n'impose aucune restriction en l'espèce.

The foregoing interpretation of the Court's role in performing the review provided in the Act, is supported by the uniform ending expressed in sections 49, 50 and 51: "the Court . . . shall make such other order as the Court deems appropriate", and "*la Cour rend une autre ordonnance si elle l'estime indiqué.*"

Since there is no fundamental dispute as to the facts and since the statement of facts together with the relevant body of documents is truly voluminous, there is little point or utility in simply reciting everything here again. A few notations of the course of events will suffice.

Paragraphs 41 through 49 of the stated facts give an authentic appreciation of certain events. Persons and acronyms need to be identified. Mr. Bill Dymond was the contact-person for the Senior Adviser and Coordinator of the Canada/U.S. Trade Task Force, with the remarkable acronym: UGBA. Mr. Derek H. Burney was the Associate Under-Secretary for External Affairs. The Trade Negotiator's Office, (the TNO), was headed by Mr. Simon Reisman. The following are from the Information Commissioner's Motion Record, volume IV:

41. By December 24, 1985, the officers in UGBA and the Access unit had identified and vetted 355 documents. The UGBA officer, however, indicated that he thought relevant documentation consisting primarily of the sectoral studies (Leslie Shepherd's requests) could still remain with UGBA and had not yet been forwarded for processing.

Response to Interrogatories, Motion Record,
Volume II, Tab 16.2B

42. On December 24, 1985, at a departmental meeting chaired by Derek Burney, it was decided that, of the 355 documents retrieved as potentially relevant, only 31 studies and reports needed to be reviewed. This review was to be carried out as a matter of urgency to identify fully-releasable documents for public release by Ministers Clark and Kelleher. The remaining documents were to be processed under the Act. Eventually it was 26 of these 31 records that were released, in whole or in part, to the requestors in response to their requests.

Response to Interrogatories, Motion Record,
Volume II, Tab 16, Para. 3, Tab 16.3A

43. On December 27, 1985, the 355 documents originally identified and recommended for release, severance or exemp-

Cette interprétation du rôle de la Cour lorsqu'elle effectue la révision prévue par la Loi est renforcée par les termes utilisés à la fin de chacun des articles 49, 50 et 51: «*the Court . . . shall make such other order as the Court deems appropriate*», et «*la Cour rend une autre ordonnance si elle l'estime indiqué*».

Les faits n'étant pas contestés pour l'essentiel et l'exposé des faits ainsi que les documents pertinents étant vraiment volumineux, il serait peu utile ou pertinent de reprendre ceux-ci en détail encore une fois. Il suffira de signaler certains des événements qui se sont produits.

Les paragraphes 41 à 49 de l'exposé des faits fournissent une appréciation exacte de certains événements. Il n'est pas nécessaire d'indiquer les personnes en cause ni de préciser le sens des acronymes utilisés. M. Bill Dymond était l'agent de liaison du conseiller principal et coordinateur du groupe de travail sur la politique touchant le commerce Canada/É.-U., et dont l'acronyme plutôt remarquable était UGBA. M. Derek H. Burney était sous-secrétaire d'État associé aux Affaires extérieures. Le Bureau des négociations commerciales (le BNC) était présidé par M. Simon Reisman. Les paragraphes qui suivent sont tirés du volume IV du dossier de requête du Commissaire à l'information:

[TRADUCTION] 41. Dès le 24 décembre 1985, les responsables de l'UGBA et du Comité d'accès avaient inventorié et examiné minutieusement 355 documents. Le responsable de l'UGBA a toutefois indiqué qu'il estimait que des documents pertinents comprenant principalement des études sectorielles (demandes présentées par Leslie Shepherd) pouvaient encore rester aux mains de l'UGBA et n'avaient pas encore été transmis pour examen.

Réponse aux interrogatoires, dossier de requête,
volume II, onglet 16.2B

42. Le 24 décembre 1985, il a été décidé, au cours d'une réunion ministérielle présidée par Derek Burney, que des 355 documents mis de côté parce qu'on considérait qu'ils pouvaient être pertinents, seuls 31 rapports et études devaient être examinés. Cet examen devait être effectué d'urgence afin de déterminer les documents dont le contenu pouvait être entièrement rendu public par les ministres Clark et Kelleher. Les autres documents devaient être traités conformément à la Loi. Finalement, 26 de ces 31 rapports ont été communiqués aux requérants, en totalité ou en partie, pour donner suite à leurs demandes.

Réponse aux interrogatoires, dossier de requête,
volume II, onglet 16, par. 3, onglet 16.3A

43. Le 27 décembre 1985, le responsable de l'UGBA et M. Dymond ont examiné les 355 documents inventoriés à

tion, were reviewed by the UGBA officer and Mr. Dymond, and the list of recommendations revised to reflect Mr. Dymond's input. As of December 27, 1985, therefore, the records eventually identified and released or withheld in response to the access requests had been made the subject of recommendations as to releasability by the Department.

Response to Interrogatories, Motion Record,
Volume II, Tab 16.2C

44. On January 10, 1986, Mr. Dymond sent a memorandum to Mr. Burney outlining the access requests received and enclosing a draft press release summarizing seven studies proposed to be made available immediately. The seven studies proposed to be released were the following contracted studies:

- (1) Institute for Research on Public Policy (a survey of existing literature);
- (2) Informetrica Ltd. (macro-economic study);
- (3) Data Resources (macro-economic study);
- (4) Grey, Clark Inc. (the Autopact);
- (5) Arnold and Porter (U.S. trade remedy laws);
- (6) Lane study (the European experience); and
- (7) Stone study (institutional considerations).

The memorandum also indicated that the C.D. Howe Institute papers on issues associated with harmonization would be ready sometime that month and could be considered for release soon after receipt. The memorandum stated that all other material sought would be denied under the appropriate provisions of the Act.

Response to Interrogatories, Motion Record,
Volume II, Tab 16-12B

45. On January 27, 1986, Mr. Burney sent a memorandum to Mr. Reisman at the Trade Negotiations Office discussing the proposed release of the contracted studies and stressing the urgency of the need for a decision "before delinquency itself becomes the issue".

Productions to Wade Affidavit, Confidential
Motion Record, Volume III, Tab 22

46. The Trade Negotiations Office responded on February 10, 1986 with its concurrence and comments about release of the seven studies.

Productions to Wade Affidavit, Confidential
Motion Record, Volume III, Tab 23

47. On February 21, 1986, the Access Coordinator sought advice from departmental legal services about the applicability of some of the proposed exemptions in respect of the 31 reports. A preliminary response was provided on March 3, 1986. A final response was provided on March 20, 1986.

Productions to Wade Affidavit, Confidential
Motion Record, Volume III, Tabs 25, 26

48. On April 11, 1986, the Access Coordinator sent the 31 documents to the Trade Negotiations Office for its review. The Trade Negotiations Office provided its recommendations on the documents on April 16 and 21, 1986. The Trade Negotiations

l'origine et dont on avait recommandé la communication, la séparation ou l'application d'une exception; la liste des recommandations a ensuite été revue de manière à tenir compte des commentaires de M. Dymond. Par conséquent, dès le 27 décembre 1985, les documents finalement inventoriés et communiqués ou non pour donner suite aux demandes de communication avaient fait l'objet de recommandations par le Ministère quant à la possibilité de les communiquer.

Réponse aux interrogatoires, dossier de requête,
volume II, onglet 16.2C

44. Le 10 janvier 1986, M. Dymond a envoyé à M. Burney une note de service dans laquelle il exposait les grandes lignes des demandes de communication reçues et joignait un projet de communiqué de presse résumant les sept études qu'on se proposait de communiquer immédiatement. Ces sept études avaient été effectuées sous contrat par les organismes suivants:

- (1) Institut de recherches politiques (un examen général de la documentation existante);
- (2) Informetrica Ltd. (étude macro-économique);
- (3) Data Resources (étude macro-économique);
- (4) Grey, Clark Inc. (Pacte de l'automobile);
- (5) Arnold and Porter (lois américaines sur les sanctions commerciales);
- (6) Étude de Lane (l'expérience européenne);
- (7) Étude de Stone (considérations d'ordre institutionnel).

La note de service indiquait également que les documents préparés par l'Institut C.D. Howe relativement aux questions concernant l'harmonisation seraient prêts au cours de ce mois, et qu'on pourrait examiner la possibilité de les communiquer dès qu'ils auraient été reçus. La note de service précisait que tous les autres documents demandés seraient refusés en vertu des dispositions applicables de la Loi.

Réponse aux interrogatoires, dossier de requête,
volume II, onglet 16-12B

45. Le 27 janvier 1986, M. Burney a fait parvenir à M. Reisman du Bureau des négociations commerciales, une note de service où il était question de la communication projetée des études effectuées sous contrat et où on soulignait l'urgence de prendre une décision «avant que l'omission de le faire ne devienne elle-même l'objet du litige».

Documents joints à l'affidavit de Wade, dossier de requête confidentiel, volume III, onglet 22

46. Le Bureau des négociations commerciales a donné sa réponse le 10 février 1986; il a donné son accord et commenté la communication des sept études.

Documents joints à l'affidavit de Wade, dossier de requête confidentiel, volume III, onglet 23

47. Le 21 février 1986, le coordonnateur de l'accès à l'information a consulté le contentieux du Ministère relativement à l'applicabilité de certaines des exceptions aux 31 rapports. Une réponse préliminaire a été fournie le 3 mars 1986, et la réponse finale le 20 mars 1986.

Documents joints à l'affidavit de Wade, dossier de requête confidentiel, volume III, onglets 25, 26

48. Le 11 avril 1986, le coordonnateur de l'accès à l'information a transmis les 31 documents au Bureau des négociations commerciales aux fins de leur examen. Le Bureau des négociations commerciales a fait part de ses recommandations les 16 et

Office noted in its correspondence that one deadline for responding had already passed and several were immediately pending when it received the records for review.

Productions to Wade Affidavit, Motion Record, Volume II, Tab 14.24;

Response to Interrogatories, Motion Record, Volume II, Tab 16.13A, 16.13B

49. On or about April 28, 1986, Mr. Burney sent a memorandum to the Minister of International Trade seeking approval for the release of three of the contracted studies. By this time two of the previously identified contracted studies had already been published.

Productions to Wade Affidavit, Motion Record, Volume II, Tab 14.27

In regard to the 120-days' extension which the respondent's officials invoked in regard to each request, the respondent's counsel had to admit in oral argument, "It now seems clear that the 120 days extension was, in fact, not justified." The evidence surely bears out counsel's admission, as indicated in the statement of facts, paragraphs 50 through 54. It is apparent that the consultations which were undertaken by External Affairs with other involved departments of government were not initiated until March, 1986. They could have started in December, 1985 or, more generously, in January, 1986; and they could have been concluded by late January or early February, 1986.

Section 9 of the *Access to Information Act* states not only time limits, but also principles which inform and vivify the Act and its operations:

9. (1) The head of a government institution may extend the time limit set out in section 7 or subsection 8(1) in respect of a request under this Act for a reasonable period of time, having regard to the circumstances, if

(a) the request is for a large number of records or necessitates a search through a large number of records and meeting the original time limit would unreasonably interfere with the operations of the government institution,

(b) consultations are necessary to comply with the request that cannot reasonably be completed within the original time limit, or

(c) notice of the request is given pursuant to subsection 28(1)

by giving notice of the extension and, in the circumstances set out in paragraph (a) or (b), the length of the extension, to the person who made the request within thirty days after the request is received, which notice shall contain a statement that the person has a right to make a complaint to the Information Commissioner about the extension.

21 avril 1986. Il a signalé qu'un des délais pour donner suite aux demandes était déjà écoulé et que plusieurs autres étaient sur le point de l'être lorsqu'il a reçu les dossiers pour les examiner.

a Documents joints à l'affidavit de Wade, dossier de requête, volume II, onglet 14.24;

Réponse aux interrogatoires, dossier de requête, volume II, onglet 16.13A, 16.13B

49. Aux environs du 28 avril 1986, M. Burney a fait parvenir au ministre du Commerce extérieur une note de service dans laquelle il demandait l'approbation de la communication de trois des études effectuées sous contrat. À cette époque, deux des études indiquées plus haut avaient déjà été publiées.

Documents joints à l'affidavit de Wade, dossier de requête, volume II, onglet 14.27

c Pour ce qui est de la prorogation de délai de 120 jours invoquée par les fonctionnaires de l'intimé relativement à chaque demande, l'avocate de l'intimé a dû reconnaître au cours de la plaidoirie, [TRADUCTION] «Il semble désormais évident que la prorogation de délai de 120 jours était, en fait, injustifiée.» La preuve confirme certainement cet aveu de l'avocate, comme l'indiquent les paragraphes 50 à 54 de l'exposé des faits. Il est évident que les Affaires extérieures n'ont commencé les consultations des autres Ministères concernés qu'en mars 1986. Ces consultations auraient pu commencer en décembre 1985 ou, si on veut se montrer généreux, en janvier 1986; et elles auraient dû être terminées à la fin de janvier f ou au début de février 1986.

L'article 9 de la *Loi sur l'accès à l'information* prévoit non seulement des délais, il contient également des principes qui clarifient la Loi et son application:

g 9. (1) Le responsable d'une institution fédérale peut proroger le délai mentionné à l'article 7 ou au paragraphe 8(1) d'une période que justifient les circonstances dans les cas où:

h a) l'observation du délai entraverait de façon sérieuse le fonctionnement de l'institution en raison soit du grand nombre de documents demandés, soit de l'ampleur des recherches à effectuer pour donner suite à la demande;

b) les consultations nécessaires pour donner suite à la demande rendraient pratiquement impossible l'observation du délai;

i c) avis de la demande a été donné en vertu du paragraphe 28(1).

Dans l'un ou l'autre des cas prévus aux alinéas a), b) et c), le responsable de l'institution fédérale envoie à la personne qui a fait la demande, dans les trente jours suivant sa réception, un avis de prorogation de délai, en lui faisant part de son droit de déposer une plainte à ce propos auprès du Commissaire à l'information; dans les cas prévus aux alinéas a) et b), il lui fait aussi part du nouveau délai.

(2) Where the head of a government institution extends a time limit under subsection (1) for more than thirty days, the head of the institution shall give notice of the extension to the Information Commissioner at the same time as notice is given under subsection (1).

Given the statutory scope of this review, quite properly invoked by the Commissioner, and in view of the concessions and admissions made on the respondent's behalf in regard to the undisputed facts presented, the Court, upon review of each of the requesters' cases, is surely in a position to make further findings, like the above conclusion about the 120-days' extension, and declarations of principle. The respondent's counsel argues as persuasively as possible that the issues are all now moot, and so would be declaratory relief. She notes that the according of declaratory relief is discretionary, and she urges the Court to decline to accord it, because of the futility of these proceedings brought by the Information Commissioner, in view of the respondent's late compliance after the institution of these proceedings in two of the cases. Conceding that the evidence shows, with 20-20 hindsight that the requests could have been processed more quickly, on the respondent's behalf, she accepts that in responding to these and future requests the respondent "must, however, proceed as expeditiously as possible". Counsel's ultimate plea at the hearing was that in view of the foregoing, the applications ought to be dismissed, because the Court's discretion to allow them ought to be declined.

These are not cases for declining to exercise the salutary powers of review conferred on the Court by Parliament. Confession that such requests ought to be processed as expeditiously as possible may be good for an individual's soul, but it has no didactic energy in gaining the attention of government departments. It has no effect in actually providing legally that less than expeditious processing of requests for information is breaking the law, as it surely is. The purpose of the review is not just to make the particular respondent acknowledge unreasonable tardiness. It is, also, to let all the other potential respondents know where they stand in these matters. The Court is quite con-

(2) Dans les cas où la prorogation de délai visée au paragraphe (1) dépasse trente jours, le responsable de l'institution fédérale en avise en même temps le Commissaire à l'information et la personne qui a fait la demande.

a Compte tenu de la portée législative de cet examen, invoquée à juste titre par le Commissaire, et des concessions et aveux faits au nom de l'intimé relativement aux faits non contestés de l'espèce, la *b* Cour après avoir examiné chacune des demandes des requérants est certes en position pour faire d'autres déclarations de principe et tirer des conclusions supplémentaires, comme celle figurant ci-dessus relativement à la prorogation de délai de *c* 120 jours. L'avocate de l'intimé allègue de la manière la plus convaincante possible que les points litigieux revêtent maintenant un caractère théorique et qu'il s'agirait donc d'un jugement déclaratoire. Elle signale que le prononcé d'un *d* jugement déclaratoire est discrétionnaire, et elle prie instamment la Cour de refuser de prononcer un tel jugement en raison de la futilité des procédures intentées par le Commissaire à l'information, l'intimé ayant donné suite tardivement aux *e* demandes dans deux des cas, une fois ces poursuites intentées. Admettant que la preuve indique, rétrospectivement, que l'intimé aurait pu traiter plus rapidement les demandes, elle reconnaît que pour donner suite à ces demandes et à des demandes ultérieures, l'intimé [TRADUCTION] «doit toutefois agir aussi rapidement que possible». Le dernier moyen de défense invoqué par l'avocate à *f* l'audience était qu'étant donné ce qui précède, les demandes devraient être rejetées, la Cour devant *g* refuser d'exercer son pouvoir discrétionnaire de les accueillir.

Il ne s'agit pas de cas où il y a lieu pour la Cour de refuser d'exercer les pouvoirs salutaires de révision que lui confère le législateur. Le fait d'admettre que de telles demandes doivent être traitées aussi rapidement que possible peut être satisfaisant pour un simple individu, mais cela n'a aucune utilité pour attirer l'attention des ministères du gouvernement. Il est inutile de prévoir légalement qu'un traitement des demandes de renseignements qui n'est pas effectué rapidement viole la loi, car tel est sûrement le cas. La révision a non seulement pour objet de faire admettre à l'intimé qu'il a tardé indûment à agir, mais aussi de permettre aux autres intimés éventuels de savoir ce qu'il en est.

scious that responding to such requests is truly "extra work" which is extraneous to the line responsibilities and very *raison d'être* of government departments and other information-holding organizations of government. But when, as in the *Access to Information Act*, Parliament lays down these pertinent additional responsibilities, then one must comply.

After much consideration, the Court concludes that the findings and declarations sought by the Commissioner are amply supported by the evidence, and are all justified, except for any possible inference of deliberately "obfuscating the reasons for the delays in responding to the access requests during the course of the Information Commissioner's investigation". The evidence, rather, suggests confusion, ignorance and negligence which are at least not ignoble, but constitute no reason to award laurels, either. It cannot be doubted that one principal purpose of the Act is to force a change of public servants' habitual, ingrained reluctance to give out the government's information, even apart from the obvious, stated limitations on access.

The Court finds, therefore, that

(a) the respondent's department delayed unduly in responding to the access requests, which could have been achieved easily by late January or early February, 1986 instead of by late May, 1986;

(b) the 120-day extensions of time invoked in response to the requesters' access requests were not justified under section 9 of the *Access to Information Act*;

(c) the respondent's department acted unreasonably in processing the access requests with only the extended deadlines in mind, rather than processing them, and each and every one of them as expeditiously as possible, and it thereby breached the requirements of section 9 of the *Access to Information Act*;

(d) the respondent's department breached the requirements of section 9 of that Act by invoking the same 120-day extensions for all of the access

La Cour comprend fort bien qu'un «travail supplémentaire» n'ayant rien à voir avec les responsabilités et la véritable raison d'être des ministères et des autres organismes du gouvernement détenant des renseignements est nécessaire pour donner suite à de telles demandes. Néanmoins, lorsque le législateur impose des responsabilités supplémentaires, comme il le fait dans la *Loi sur l'accès à l'information*, il n'y a qu'à obtempérer.

Après un long examen, la Cour conclut que les jugements et conclusions sollicités par le Commissaire sont amplement corroborés par la preuve et justifiés, à l'exception de la conclusion que l'intimé a agi délibérément en [TRADUCTION] «rendant obscurs au cours de l'enquête du Commissaire à l'information les motifs de ses retards à donner suite aux demandes de communication». La preuve semble plutôt indiquer qu'il y a eu confusion, ignorance et négligence ce qui n'est pas indigne, mais qui ne constitue pas non plus un motif de louanges. Il est indubitable que l'un des principaux objectifs de la Loi est de faire disparaître l'hésitation habituelle et tenace des fonctionnaires à fournir les renseignements que possède le gouvernement, même hors du cadre des limites claires fixées relativement au droit à la communication.

La Cour statue par conséquent que:

a) le Ministère de l'intimé a tardé indûment à donner suite aux demandes de communication, ce qu'il aurait pu facilement faire dès la fin de janvier ou le début de février 1986, plutôt qu'à la fin de mai 1986;

b) les prorogations de délai de 120 jours invoquées en réponse aux demandes de communication présentées par les requérants n'étaient pas justifiées par l'article 9 de la *Loi sur l'accès à l'information*;

c) le Ministère de l'intimé a agi déraisonnablement en traitant les demandes de communication en ayant seulement à l'esprit les prorogations de délai, plutôt qu'en traitant chacune de ces demandes aussi rapidement que possible et, par conséquent, il a contrevenu aux exigences de l'article 9 de la *Loi sur l'accès à l'information*;

d) le Ministère de l'intimé a contrevenu aux exigences de l'article 9 de la Loi en invoquant les mêmes prorogations de délai de 120 jours pour

requests, even although the records were being processed at the same time;

(e) the respondent's department breached the requirements of section 9 by withholding records ready for release until all the records had been processed rather than releasing the records as they became available;

(f) the Department acted negligently and ignorantly outside of the spirit of the Act by obfuscating (without malice) the reasons for the delays in responding to the access requests during the course of the Information Commissioner's investigation;

(g) the respondent's department's obfuscation breached section 9 of the Act by evading any valid reason for taking the 120-day extension, because, in order to show that extensions are for "a reasonable period of time" pursuant to subsection 9(1) of the *Access to Information Act*, the department must state cogent, genuine reasons for the extension, and for its length;

(h) being unjustified pursuant to section 9 of the Act, the 120-day extensions amounted to deemed refusals to disclose the requested records pursuant to subsection 10(3) of the *Access to Information Act*.

The Court will declare the effect of the above findings in accordance with section 49 of the Act, as sought by the applicant Commissioner. Ordinarily costs follow the event, as stated in section 53, even although in this instance, one emanation of the federal government, the Information Commissioner, will be entitled to payment from another, the Minister of External Affairs, both emanations being supported by the taxpayers' money. That may seem to be bizarre, but given the important nature of the Commissioner's role in society such disposition of costs was obviously contemplated by Parliament. In any event such disposition of costs may be seen to be somewhat functional in that the Information Commissioner retained outside counsel and, in view of her vindication herein, the applicant's budget should not be the government pool of taxpayers' money to bear the party-and-party costs which the Court awards

toutes les demandes de communication, même si tous les documents étaient traités en même temps;

e) le Ministère de l'intimé a contrevenu aux exigences de l'article 9 en retenant les documents qui étaient prêts à être communiqués jusqu'à ce que tous les documents aient été traités, plutôt qu'en communiquant les documents au fur et à mesure qu'ils pouvaient l'être;

f) le Ministère a agi négligemment et par ignorance de l'esprit de la Loi en rendant obscurs (mais sans intention de nuire) au cours de l'enquête du Commissaire à l'information les motifs de ses retards à donner suite aux demandes de communication;

g) par son manque de clarté, le Ministère de l'intimé a violé l'article 9 de la Loi car il a ainsi pu éviter de fournir des motifs valables pour justifier la prorogation de délai de 120 jours, en effet, afin de prouver que les prorogations sont d'une «période que justifient les circonstances» conformément au paragraphe 9(1) de la *Loi sur l'accès à l'information*, le Ministère doit fournir des motifs convaincants et sérieux, justifiant la prorogation et sa durée;

h) n'étant pas justifiées par l'article 9 de la Loi, les prorogations de délai de 120 jours valaient, conformément au paragraphe 10(3) de la *Loi sur l'accès à l'information*, des refus présumés de communiquer les documents demandés.

La Cour donnera effet aux conclusions ci-dessus conformément à l'article 49 de la Loi, comme l'a demandé le Commissaire requérant. Habituellement, les frais suivent le sort du principal, comme le prévoit l'article 53, même si en l'espèce une émanation du gouvernement fédéral, le Commissaire à l'information, aura le droit de recevoir un paiement d'une autre émanation du gouvernement fédéral, le ministre des Affaires extérieures, ces deux émanations utilisant l'argent des contribuables. Cela peut sembler bizarre, mais en raison de l'importance du rôle du Commissaire dans la société, il est évident que le législateur avait envisagé une telle mesure quant aux frais. De toute manière, on peut considérer qu'il s'agit d'une manière pratique d'assurer le paiement des frais, le Commissaire à l'information ayant retenu les services d'avocats indépendants et, compte tenu de la justification invoquée par le Commissaire aux pré-

in the applicant's favour. Costs will be paid by the Minister out of his department's pool of taxpayers' money. Thus, in accordance with subsection 53(1) of the Act, do costs follow the event.

The applicant may write to the Court by letter, to suggest the disposition of the "Confidential Motion Record of the Applicant" (volume III), after the expiry of an appropriate length of time.

The signed copy of these reasons shall be lodged in file T-1042-86, and a photocopy shall be lodged in each of files T-1090-86 and T-1200-86, to serve for the Court's reasons therein.

entes, les fonds du Trésor ne devraient pas servir à supporter les frais entre parties adjugés au requérant par la Cour. Le ministre paiera les frais en utilisant les deniers des contribuables qui sont alloués à son Ministère. Ainsi, les frais suivent le sort du principal conformément au paragraphe 53(1) de la Loi.

Le requérant pourra écrire à la Cour pour indiquer la manière de disposer du «dossier de requête confidentiel du requérant» (volume III), après l'expiration du délai approprié.

Une fois signés, les présents motifs devront être versés dans le dossier T-1042-86 et une photocopie de ceux-ci devra être versée dans les dossiers T-1090-86 et T-1200-86 respectivement, à titre de motifs de la Cour dans ces affaires.

T-1458-90

T-1458-90

The Wellcome Foundation Limited and Burroughs Wellcome Inc. (Plaintiffs)

v.

Apotex Inc., Novopharm Ltd., PDI-Pharma Distribution Inc., Rene Hunderup and Fisker Cargo Inc. (Defendants)

INDEXED AS: WELLCOME FOUNDATION LTD. v. APOTEX INC. (T.D.)

Trial Division, Muldoon J.—Ottawa, June 7 and 8, 1990.

Patents — Infringement — Defendants, Apotex and Novopharm, importing drug formulated by process subject to Canadian patent prior to obtaining compulsory licences — Importation to test safety and stability of tablet form to prepare submissions for compulsory licence — No right to import unless patentee, compulsory licensee (Patent Act, s. 39(4)), or interim compulsory licensee (s. 39(7)).

Patents — Practice — Anton Piller order granted based on defective evidence — Plaintiffs' affidavits implying quantities of illegally imported drug greater than in fact — Defendants infringing patent — As fault on both sides, and competing motions, necessary to balance issues and give relief Court considering just — Continued detention of seized materials ordered until testing determining whether drug that patented, in which case to be detained until defendants obtaining compulsory licences or until final judgment — If not drug patented, to be returned to owners — Defendants enjoined from importing, using or selling patented drug until final judgment or until compulsory licences issued.

This was an application for the detention of materials—alleged to be the drug acyclovir—seized from the defendants until final judgment; for an order permitting the plaintiffs to take samples in order to determine whether the material be acyclovir; and for an order restraining the defendants from importing acyclovir until final judgment. The plaintiffs own the Canadian process patent for the drug acyclovir. The defendants, Apotex and Novopharm, prior to obtaining compulsory licences, imported acyclovir so that they could press it into tablets in order to determine stability and safety, which was necessary to prepare the submission for a notice of compliance and drug identification number. The issue was whether such importation was legal.

Held, the application should be allowed.

The Wellcome Foundation Limited et Burroughs Wellcome Inc. (demandereses)

a c.

Apotex Inc., Novopharm Ltd., PDI-Pharma Distribution Inc., Rene Hunderup et Fisker Cargo Inc. (défendeurs)

b RÉPERTORIÉ: WELLCOME FOUNDATION LTD. c. APOTEX INC. (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge Muldoon—Ottawa, 7 et 8 juin 1990.

c Brevets — Contrefaçon — Les défenderesses Apotex et Novopharm ont importé un médicament fabriqué selon un procédé protégé par un brevet canadien avant d'obtenir des licences obligatoires — Elles voulaient vérifier l'innocuité et la stabilité du médicament mis sous forme de comprimé afin de préparer des demandes relatives à l'obtention de licences obligatoires — Nul n'a le droit d'importer, sauf le titulaire du brevet, le titulaire d'une licence obligatoire (art. 39(4) de la Loi sur les brevets) ou le titulaire d'une licence temporaire (art. 39(7)).

e Brevets — Pratique — Une ordonnance de type Anton Piller a été décernée sur la foi d'éléments de preuve défectueux — Dans leurs affidavits, les demandereses ont laissé entendre que les quantités importées illégalement étaient beaucoup plus considérables qu'elles ne l'étaient en réalité — Les défendeurs ont contrefait le brevet — Comme les deux parties sont fautives et que les requêtes sont contradictoires, la Cour doit peser le pour et le contre et décerner l'ordonnance qu'elle juge équitable — Elle ordonne que la substance saisie continue d'être conservée sous garde jusqu'à ce que des analyses permettent d'établir s'il s'agissait du médicament breveté; dans l'affirmative, le médicament devra être conservé sous garde jusqu'à ce que les défendeurs obtiennent une licence obligatoire ou jusqu'au jugement final — Dans la négative, les propriétaires pourront reprendre possession de la substance — Il est interdit aux défendeurs d'importer, d'utiliser ou de vendre le médicament breveté jusqu'au jugement final ou jusqu'à la délivrance des licences obligatoires.

h Il s'agit d'une demande en vue d'obtenir la conservation sous garde jusqu'au jugement final d'une substance tenue pour être de l'acyclovir, qui a été saisie chez les défendeurs; une ordonnance autorisant les demandereses à prélever des échantillons afin de déterminer si la substance saisie est de l'acyclovir; et une ordonnance interdisant aux défendeurs d'importer de l'acyclovir jusqu'au jugement final. Les demandereses sont titulaires du brevet de procédé canadien relatif au médicament acyclovir. Les défenderesses Apotex et Novopharm ont importé, avant d'obtenir des licences obligatoires, de l'acyclovir qu'elles voulaient mettre sous forme de comprimés pour en établir la stabilité et l'innocuité, ce qui était nécessaire pour préparer la demande relative à l'obtention d'un avis de conformité et d'une identification numérique du médicament. La question en litige *j* est de savoir si cette importation était légale.

Jugement: la demande devrait être accueillie.

According to *Patent Act*, section 42 a patentee has the exclusive right to make, construct and use the invention and to sell it to others. By judicial interpretation in the *Rhône-Poulenc* case, those rights have been extended to include importing. Since that judgment was rendered, Parliament has specifically provided that an interim compulsory or compulsory licence is required to import patented medicines. The Supreme Court of Canada's decision in *Micro-Chemicals Limited v. Smith Kline & French Inter-American Corporation*, [1972] S.C.R. 506, that experimental use of a patented process is not infringement where the purpose is to improve the invention or to prove that the product could be manufactured on a commercial basis, and not with the intention of making and selling the thing for profit, was to be distinguished. Neither Apotex nor Novopharm were producing acyclovir, but were importing it.

The plaintiffs had raised a good *prima facie* case of a serious issue to be tried, but could not show irreparable harm as their action could come to trial before the defendants obtain compulsory licences and notices of compliance.

The affidavits upon which Denault J. had been induced to grant an Anton Piller order were misleading as they overstated the number of shipments, leading to an inference that the quantity of illegally imported drug was greater than it in fact was. As there was fault on both sides (the plaintiffs obtained an intrusive Anton Piller order based on defective evidence, and the defendants have been illegally importing acyclovir), the Court had to balance the issues and give such relief as to it seemed just. Accordingly, the seized goods were to be tested and, if they proved to be acyclovir, detained until the defendants had obtained compulsory licences or until final judgment. Otherwise they were to be returned to their owners. Apotex and Novopharm were enjoined from importing, selling or promoting acyclovir until they obtained compulsory licences.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 39(4),(7), 39.11 (as enacted by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 15).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Société des Usines Chimiques Rhône-Poulenc et al. v. Jules R. Gilbert Ltd. et al. (1967), 35 Fox Pat. C. 174 (Ex. Ct.).

DISTINGUISHED:

Micro Chemicals Limited v. Smith Kline & French Inter-American Corporation, [1972] S.C.R. 506; (1971), 25 D.L.R. (3d) 79; 2 C.P.R. (2d) 193.

Selon l'article 42 de la *Loi sur les brevets*, le titulaire d'un brevet a le droit exclusif de fabriquer, construire, exploiter et vendre l'objet de l'invention. Il ressort de l'interprétation judiciaire qui a été faite dans l'arrêt *Rhône-Poulenc* que ces droits comprennent le droit d'importer. Depuis que ce jugement a été rendu, le Parlement a expressément prévu qu'il faut obtenir une licence obligatoire ou une licence temporaire pour importer des médicaments brevetés. Il y a lieu de distinguer la présente espèce de la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Micro-Chemicals Limited c. Smith Kline & French Inter-American Corporation*, [1972] R.C.S. 506, qui a conclu que l'utilisation à titre expérimental d'un procédé breveté ne constitue pas une contrefaçon lorsqu'elle est faite dans le but de perfectionner l'invention ou de prouver que le produit peut être fabriqué à l'échelle commerciale, et non dans le but de fabriquer l'objet pour faire des profits. Ni Apotex, ni Novopharm ne fabriquaient de l'acyclovir, mais elles en faisaient toutes deux l'importation.

Les demandereses ont établi l'existence *prima facie* d'une question sérieuse à juger, mais elles n'ont pu démontrer qu'elles subiraient un préjudice irréparable car il se pourrait que l'action soit instruite avant que les défendeurs n'obtiennent les licences obligatoires et les avis de conformité.

Les affidavits sur la foi desquels le juge Denault a été amené à décerner l'injonction de type Anton Piller étaient trompeurs car le nombre d'envois avait été grossi, ce qui a porté le juge à conclure que la quantité importée illégalement était plus grande qu'elle ne l'était en réalité. Comme les deux parties sont fautives (les demandereses ont obtenu une injonction de type Anton Piller contraignante sur la foi d'éléments de preuve défectueux, tandis que les défendeurs ont importé illégalement de l'acyclovir), la Cour a dû peser le pour et le contre et décerner l'ordonnance qu'elle jugeait équitable. Elle a donc ordonné que les marchandises saisies soient soumises à des analyses et, s'il s'agit effectivement d'acyclovir, qu'elles soient conservées sous garde jusqu'à ce que les défendeurs obtiennent des licences obligatoires ou jusqu'au jugement final. Dans la négative, que leurs propriétaires en reprennent possession. La Cour a interdit à Apotex et à Novopharm d'importer, de vendre ou d'annoncer l'acyclovir tant qu'elles n'auront pas obtenu des licences obligatoires.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), chap. P-4, art. 39(4),(7), 39.11 (édicte par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), chap. 33, art. 15).

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Société des Usines Chimiques Rhône-Poulenc et al. v. Jules R. Gilbert Ltd. et al. (1967), 35 Fox Pat. C. 174 (C. de l'É.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Micro Chemicals Limited c. Smith Kline & French Inter-American Corporation, [1972] R.C.S. 506; (1971), 25 D.L.R. (3d) 79; 2 C.P.R. (2d) 193.

CONSIDERED:

Astra Pharmaceuticals Canada Ltd. et al. v. Apotex Inc. (1984), 1 C.P.R. (3d) 513 (F.C.T.D.); *Takeda Chemical Industries Ltd. et al. v. Novopharm Ltd.* (1985), 7 C.P.R. (3d) 426 (F.C.T.D.); *Cimaroli v. Pugliese* (1987), 25 C.P.C. (2d) 10 (Ont. S.C.); *Midway Mfg. Co. v. Bernstein*, [1983] 1 F.C. 510; (1982), 67 C.P.R. (2d) 112 (T.D.).

COUNSEL:

Patrick E. Kierans and *C. Ross Carson* for plaintiffs.
Harry B. Radomski and *Tim Gilbert* for defendant Apotex Inc.
Malcolm S. Johnston, Q.C. for defendant Novopharm Ltd.
Joseph I. Etigson for defendants PDI-Pharma Distribution Inc., Rene Hunderup and Fisker Cargo Inc.

SOLICITORS:

Ogilvy, Renault, Montréal, for plaintiffs.
Goodman & Goodman, Toronto, for defendant Apotex Inc.
Malcolm S. Johnston, Q.C., Toronto for defendant Novopharm Ltd.
Hughes, Etigson, Concord, Ontario for defendants PDI-Pharma Distribution Inc., Rene Hunderup and Fisker Cargo Inc.

The following are the reasons for judgment delivered orally in English by

MULDOON J.: The parties are litigating over the defendant's importation of the drug acyclovir, formulated by process described in the overseas plaintiff's patents.

Among the general provisions of the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, which I shall call the Act, is section 42 [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 16] which provides that a patent confers on the patentee:

the exclusive right, privilege and liberty of making, constructing and using the invention and selling it to others to be used . . .

To that litany of exclusive rights there must be added, by judicial interpretation, that of importing. In March 1967, Mr. Justice Thurlow, then of

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Astra Pharmaceuticals Canada Ltd. et autres c. Apotex Inc. (1984), 1 C.P.R. (3d) 513 (C.F. 1^{re} inst.); *Takeda Chemical Industries Ltd. et autres c. Novopharm Ltd.* (1985), 7 C.P.R. (3d) 426 (C.F. 1^{re} inst.); *Cimaroli v. Pugliese* (1987), 25 C.P.C. (2d) 10 (C.S. Ont.); *Midway Mfg. Co. c. Bernstein*, [1983] 1 C.F. 510; (1982), 67 C.P.R. (2d) 112 (1^{re} inst.).

AVOCATS:

Patrick E. Kierans et *C. Ross Carson* pour les demandereses.
Harry B. Radomski et *Tim Gilbert* pour la défenderesse Apotex Inc.
Malcolm S. Johnston, c.r. pour la défenderesse Novopharm Ltd.
Joseph I. Etigson pour les défendeurs PDI-Pharma Distribution Inc., Rene Hunderup et Fisker Cargo Inc.

PROCUREURS:

Ogilvy, Renault, Montréal, pour les demandereses.
Goodman & Goodman, Toronto, pour la défenderesse Apotex Inc.
Malcolm S. Johnston, c.r., Toronto, pour la défenderesse Novopharm Ltd.
Hughes, Etigson, Concord (Ontario), pour les défendeurs PDI-Pharma Distribution Inc., Rene Hunderup et Fisker Cargo Inc.

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement prononcés à l'audience par

LE JUGE MULDOON: Les parties se disputent au sujet de l'importation par la défenderesse du médicament appelé acyclovir, dont le procédé de fabrication est décrit dans les brevets de la demanderesse étrangère.

Parmi les dispositions générales de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), chap. P-4, que j'appellerai ci-après la Loi, se trouve l'article 42 [mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), chap. 33, art. 16], qui dispose qu'un brevet confère à son titulaire:

le droit, la faculté et le privilège exclusifs de fabriquer, construire, exploiter et vendre à d'autres, pour qu'il l'exploitent, l'objet de l'invention, . . .

À cette énumération de droits exclusifs on doit ajouter, vu l'interprétation judiciaire, le droit d'importer. En effet, en mars 1967, le juge Thurlow,

the Exchequer Court of Canada, rendered his judgment in the case of *Société des Usines Chimiques Rhône-Poulenc et al. v. Jules R. Gilbert Ltd. et al.* (1967), 35 Fox Pat. C. 174. The headnote at page 176 accurately reports that Thurlow J., *inter alia*, held:

16. That the principle that the importation into Canada of substances produced abroad according to a Canadian process patent constituted infringement of that patent must be regarded as a settled point in the Exchequer Court in the absence of any expression of opinion by the Supreme Court.

Of the two patents in suit, 1,062,257 and 1,096,863, the latter is a Canadian process patent. Counsel have been unable to discover or report any contrary expression of opinion by the Supreme Court of Canada. There is no doubt that the substance acyclovir found in the possession of the defendants, all except Fisker Cargo Inc., was imported, being a substance produced abroad. But counsel for the defendants PDI, Hunderup and Fisker Cargo Inc. points out that in 1969 the Act was amended, as he put it, to permit importation. No doubt, in relation to chemical products and substances, subsection 39(4) surely countenances, in paragraph 39(4)(a), the importation of any medicine for the purposes of a compulsory licence, thus:

39. ...

(4) Where, in the case of any patent for an invention intended or capable of being used for medicine or for the preparation or production of medicine, an application is made by any person for a licence to do one or more of the following things as specified in the application, namely,

(a) where the invention is a process, to use the invention for the preparation or production of medicine, import any medicine in the preparation or production of which the invention has been used or sell any medicine in the preparation or production of which the invention has been used, or,

And then paragraph (b) relates to an invention other than a process:

39. (4) ...

the Commissioner shall grant to the applicant a licence to do the things specified in the application except such, if any, of those things in respect of which he sees good reason not to grant a licence.

qui faisait alors partie de la Cour de l'Échiquier du Canada, a rendu un jugement dans l'affaire *Société des Usines Chimiques Rhône-Poulenc et al. v. Jules R. Gilbert Ltd. et al.* (1967), 35 Fox Pat. C. 174. Le sommaire qui figure à la page 176 dit précisément que le juge Thurlow a notamment conclu:

[TRADUCTION] 16. Qu'on doit considérer le principe voulant que l'importation au Canada de substances produites à l'étranger selon un brevet de procédé canadien constitue une contrefaçon de ce brevet comme une question réglée à la Cour de l'Échiquier, en l'absence de toute décision de la Cour suprême.

Les deux brevets en litige sont les brevets n^{os} 1,062,257 et 1,096,863; le second est un brevet de procédé canadien. Les avocats ont été incapables de trouver ou de citer une décision contraire de la Cour suprême du Canada. Il ne fait aucun doute que la substance appelée acyclovir, que tous les défendeurs sauf Fisker Cargo Inc. avaient en leur possession, a été importée car elle est une substance produite à l'étranger. L'avocat des défendeurs PDI, Hunderup et Fisker Cargo Inc. a cependant mentionné qu'en 1969, la Loi avait été modifiée, comme il l'a dit, pour permettre l'importation. Il est certain qu'en ce qui a trait aux produits et aux substances chimiques, l'alinéa a) du paragraphe 39(4) autorise l'importation d'un médicament sous le régime d'une licence obligatoire. Ce paragraphe est ainsi libellé:

39. ...

(4) Si, dans le cas d'un brevet portant sur une invention destinée à des médicaments ou à la préparation ou à la production de médicaments, ou susceptible d'être utilisée à de telles fins, une personne présente une demande pour obtenir une licence en vue de faire l'une ou plusieurs choses suivantes comme le spécifie la demande:

a) lorsque l'invention consiste en un procédé, utiliser l'invention pour la préparation ou la production de médicaments, importer tout médicament dans la préparation ou la production duquel l'invention a été utilisée ou vendre tout médicament dans la préparation ou la production duquel l'invention a été utilisée;

L'alinéa b) vise les inventions qui consistent en autre chose qu'un procédé. Puis, le paragraphe dispose que:

39. (4) ...

le commissaire accorde au demandeur une licence pour faire les choses spécifiées dans la demande à l'exception de celles pour lesquelles il a, le cas échéant, de bonnes raisons de ne pas accorder une telle licence.

Subsection 39(7) is much in the same terms and it reads as follows:

39. ...

(7) On the expiration of the period specified by the Commissioner in the notice to the patentee referred to in subsection (6), the Commissioner shall, if he has not finally disposed of the application, grant an interim licence to the applicant to do the things specified in the request except such, if any, of those things in respect of which he sees good reason not to grant such an interim licence.

It is apparent that the Commissioner could see good reason, for example, not to permit importation or any of the other things specified in the request or in the licence.

The *Patent Act*, which disposes of the subject in regard at least to procedure, therefore requires a compulsory licence or an interim licence for the importation, *inter alia*, of patented medicines, unless the Commissioner has good reason, even then, not to permit importation.

The two concerns, Taro and Genpharm, already have compulsory licences, awaiting only the expiration of the time prescribed in subsections 39.11(1) [as enacted by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 15] and (2). These provisions draw further restrictions upon the importation of, for example, the acyclovir which is the subject of this action. It is worth reciting, first, paragraphs 39.11(1)(a) and (b):

39.11 (1) ...

(a) where the invention is a process, to import the medicine in the preparation or production of which the invention has been used, if the medicine is for sale for consumption in Canada; or

(b) where the invention is other than a process, to import the invention for medicine or for the preparation or production of medicine, if the medicine is for sale for consumption in Canada.

Subsection 39.11(2) [as enacted *idem*] spells out the duration of the above prohibitions on importation of medicines:

39.11 ...

(2) the prohibition under subsection (1) expires in respect of a medicine

(a) seven years after the date of the notice of compliance that is first issued ...

Le paragraphe 39(7) est à-peu-près au même effet, et il est ainsi libellé:

39. ...

(7) À l'expiration du délai spécifié par le commissaire dans l'avis au breveté mentionné au paragraphe (6), le commissaire accorde, s'il n'a pas statué définitivement sur la demande, une licence temporaire au demandeur pour faire les choses spécifiées dans la requête à l'exception de celles pour lesquelles il a, le cas échéant, de bonnes raisons de ne pas accorder une telle licence.

De toute évidence, le commissaire pourrait avoir de bonnes raisons, par exemple, de ne pas autoriser l'importation ou toute autre chose mentionnée dans la demande ou dans la licence.

La *Loi sur les brevets*, qui règle la question, du moins en ce qui a trait à la procédure, exige donc la délivrance d'une licence obligatoire ou temporaire pour l'importation de médicaments brevetés notamment, à moins que le commissaire ait de bonnes raisons, même alors, de ne pas en autoriser l'importation.

Les deux firmes Taro et Genpharm possèdent déjà des licences obligatoires et n'attendent que l'expiration du délai prévu aux paragraphes 39.11(1) [édicte par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), chap. 33, art. 15] et (2). Ces dispositions imposent d'autres restrictions à l'importation d'une substance comme l'acyclovir, qui fait l'objet du présent litige. Il convient de citer d'abord le paragraphe (1):

39.11 ...

(1) ... si l'invention est un procédé, d'importer pour vente au Canada le médicament dans la préparation ou la production duquel l'invention a été utilisée, ou, si elle n'est pas un procédé, d'importer l'invention pour des médicaments ou pour la préparation ou la production de médicaments pour vente à la consommation au Canada.

Le paragraphe 39.11(2) [édicte, *idem*] précise la durée des interdictions susmentionnées relativement à l'importation de médicaments:

39.11 ...

(2) L'interdiction est levée à l'expiration des délais suivants:

a) sept ans après la délivrance du premier avis de conformité à l'égard du médicament ...

And it goes down to paragraph (b), which I think is the appropriate one here:

39.11 (2) ...

(b) eight years after the date of the notice of compliance that is first issued in respect of the medicine, where, on June 27, 1986, the notice of compliance has been so issued and neither a licence under section 39 has been granted in respect of the medicine nor a notice of compliance has been issued in respect of the medicine to a person other than the patentee; and

And the definition of "patentee" could lead, and does indeed lead, to the conclusion that the plaintiff, Burroughs Wellcome, stands as patentee under this definition in this part of the *Patent Act*.

Does the law countenance the importation of patented medicines, prior to the issuance of a compulsory licence, in order that the person, firm or corporation who or which has applied for a compulsory licence, or intends to apply for a compulsory licence, may work up the submission nowadays required by the Health Protection Branch in order to receive a Notice of Compliance and a Drug Identification Number? Counsel could point to no statutory authority other than the cited provisions of section 39. Section 39, as noted, countenances importation on or after issuance of a compulsory licence or an interim compulsory licence.

Counsel for the defendants rely on the decision of the Supreme Court of Canada cited as *Micro Chemicals Limited v. Smith Kline & French Inter-American Corporation*, [1972] S.C.R. 506. The Court's unanimous decision was delivered by Mr. Justice Hall, on October 5, 1971. The alleged infringement in question was said to have occurred from and after January 10, 1961, and consisted in the defendant's experimental use of a patented process prior to the defendant having applied for a compulsory licence. It was acknowledged that the defendant's experiments were for the purpose of making trifluoperazine by the patented process, not to improve the invention, but for proving that the defendant could produce the product on a commercial basis. The small amount of trifluoperazine produced was (prior to January 22, 1966) put into bottles and kept for the defendant Micro Chemicals and never entered into commerce and

Puis il y a l'alinéa b) qui est, je pense, l'alinéa pertinent en l'espèce:

39.11 (2) ...

b) huit ans après la délivrance du premier avis de conformité si, au 27 juin 1986, l'avis était délivré et si aucune licence n'a été accordée pour le médicament et aucun avis de conformité n'a été délivré à une personne autre que le breveté;

b

La définition du terme «breveté» pourrait nous amener, et nous amène effectivement, à conclure que la demanderesse Burroughs Wellcome est bel et bien le titulaire du brevet au sens de la définition prévue dans cette partie de la *Loi sur les brevets*.

La loi autorise-t-elle l'importation de médicaments brevetés avant la délivrance d'une licence obligatoire, pour que la personne, l'entreprise ou la société qui a fait une demande de licence obligatoire, ou qui prévoit en faire une, puisse préparer la demande qu'exige la Direction générale de la protection de la santé avant d'accorder un avis de conformité ou une identification numérique de la drogue? L'avocat n'a pu citer aucune autre disposition législative à part l'article 39 susmentionné. Comme on l'a souligné, l'article 39 autorise l'importation de médicaments une fois qu'une licence obligatoire ou temporaire a été délivrée.

Les avocats des défendeurs se sont fondés sur la décision qu'a rendue la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Micro Chemicals Limited c. Smith Kline & French Inter-American Corporation*, [1972] R.C.S. 506. La décision unanime de la Cour a été rendue par le juge Hall le 5 octobre 1971. La contrefaçon reprochée se serait produite à compter du 10 janvier 1961, et aurait consisté en l'utilisation à titre expérimental d'un procédé breveté avant que la défenderesse ne présente une demande de licence obligatoire. Il a été convenu que les expériences de la défenderesse avaient pour objet de fabriquer du trifluopérazine au moyen du procédé breveté, non pas pour perfectionner l'invention, mais pour prouver que la défenderesse pouvait fabriquer le produit à l'échelle commerciale. La petite quantité de trifluopérazine produite (avant le 22 janvier 1966) avait été mise en bouteilles et conservée par la défenderesse Micro

no damage was suffered by the plaintiff and no profits made by Micro.

Hall J. said this, beginning at pages 519-520 of the Supreme Court Reports:

In my view he [the trial judge] was in error in holding as he did that an experimental user without a licence in the course of *bona fide* experiments with a patented article is in law and [*sic*] infringer. The reasoning of Jessel M.R., in *Frearson v. Loe* ((1878), 9 Ch. D. 48), and approved by Vice-Chancellor Bristowe in *Proctor v. Bayley & Son* ((1889), 6 R.P.C. 106 at p. 109), is applicable. Jessel M.R., said at pp. 66-67:

The other point raised was a curious one, and by no means free from difficulty, and what occurred with regard to that was this, that the Defendant at various times made screw blanks, as he said, not in all more than 2 lbs., by various contrivances by which no doubt crew [*sic*] blanks were made according to the Plaintiff's patent of 1870, as well as that of 1875; they seem to have been an infringement of both. He said he did this merely by way of experiment, and no doubt if a man makes things merely by way of *bona fide* experiment, and not with the intention of selling and making use of the thing so made for the purpose of which a patent has been granted, but with the view of improving upon the invention the subject of the patent, or with the view of seeing whether an improvement can be made or not, that is not an invasion of the exclusive rights granted by the patent. Patent rights were never granted to prevent persons of ingenuity exercising their talents in a fair way. But if there be neither using nor vending of the invention for profit, the mere making for the purpose of experiment, and not for a fraudulent purpose, ought not to be considered within the meaning of the prohibition, and if it were, it is certainly not the subject for an injunction.

There next follows a passage quoted by counsel on all sides in the present case, a passage by Mr. Justice Hall, who continues [at page 520]:

The use Micro was making of the patented substance here was not for profit but to establish the fact that it could manufacture a quality product in accordance with the specifications disclosed in respondent's application for Patent 612204. Walsh J., found that Micro's experiments prior to January 22, 1966, constituted a technical infringement as they were not carried out for the purpose of improving the process but to enable Micro to produce it commercially as soon as the licence it had applied for could be obtained. I cannot see that this sort of experimentation and preparation is an infringement. It appears to me to be the logical result of the right to apply for a compulsory licence.

And then Mr. Radomski cited the following passage from Mr. Justice Hall's decision, which is on the same page:

However, the fact that an applicant puts himself in a position to show that he is possessed of the equipment, skill and know-how

Chemicals, qui ne l'a jamais mise en marché; de plus, la demanderesse n'au subi aucun dommage et Micro n'a fait aucun profit.

a Le juge Hall a dit, aux pages 519 et 520 du Recueil des arrêts de la Cour suprême:

À mon avis, il [le juge de première instance] a commis une erreur en décidant que celui qui utilise expérimentalement, sans licence, un article breveté dans des expériences qu'il fait de bonne foi est, en droit, un contrefacteur. Le raisonnement du b Juge Jessel (Maître des Rôles) dans *Frearson v. Loe* ((1878), 9 Ch. D. 48), lequel a été approuvé par le vice-chancelier Bristowe dans *Proctor v. Bayley & Son* ((1889), 6 R.P.C. 106 à 109), s'applique ici. Le Juge Jessel dit, pp. 66-67:

[TRADUCTION] L'autre question soulevée est curieuse et loin d'être sans difficulté; ce qui est arrivé à cet égard, c'est qu'à divers moments, le défendeur a fabriqué des vis en blanc, comme il les a appelées; il en a fait, en tout, au plus deux livres, utilisant divers moyens par lesquels étaient indubitablement fabriquées les vis en blanc selon le brevet de 1870 ainsi que selon le brevet de 1875 du demandeur; ces moyens semblent avoir violé les deux brevets. Le défendeur affirme c ne l'avoir fait qu'à titre d'expérience; à coup sûr, si quelqu'un fabrique un objet uniquement à titre d'expérience faite de bonne foi et non pas dans l'intention de vendre ou d'utiliser l'objet ainsi fabriqué dans le même but que celui dans lequel le brevet a été accordé, mais en vue de perfectionner l'invention qui fait l'objet du brevet, ou en vue d'étudier s'il est possible de la perfectionner ou non, il n'y a pas là empiétement sur les droits exclusifs accordés par le brevet. Les droits en vertu de brevets n'ont jamais eu pour but d'empêcher ceux qui ont un esprit inventif d'exercer leurs talents de façon juste. Mais si on n'utilise ni ne vend l'invention en vue d'en tirer un profit, la seule fabrication à des fins expérimentales, et non pas à des fins frauduleuses, ne devrait pas être tenue e pour une violation et, en tous les cas, ne peut sûrement pas faire l'objet d'une injonction.

g Vient ensuite un passage qu'ont cité les avocats de toutes les parties au litige, et dans lequel le juge Hall dit ceci [à la page 520]:

Micro a utilisé la substance brevetée, non pas pour en tirer un profit mais pour voir si elle pouvait fabriquer un produit de qualité suivant le mémoire descriptif inclus dans la demande de l'intimée en vue d'obtenir le brevet n° 612204. Le Juge Walsh a h conclu que les expériences qu'a faites Micro avant le 22 janvier 1966 constituent une contrefaçon en droit strict car elles n'ont pas été faites dans le but de perfectionner le procédé mais afin de permettre à Micro de commencer à produire à l'échelle commerciale dès qu'elle pourrait obtenir la licence sollicitée. Je ne puis voir comment ce genre d'expériences et de préparatifs i constitue une contrefaçon. Ils me semblent être la conséquence logique du droit de demander une licence obligatoire.

j Puis, M. Radomski a cité l'extrait suivant de la décision du juge Hall, à la même page:

Toutefois, le fait que le demandeur se met dans la possibilité de démontrer qu'il possède le matériel, la compétence et les con-

by experimentation does not, in my opinion, make him an infringer.

Mr. Kierans cited the following passage [at page 521]:

The finding of Walsh J. that there was an infringement in the period between January 25, 1966, and June 21, 1966, consisting of the transfers of the material from Micro to Gryphon and the manufacture of tablets by Gryphon and the activity of Maney in soliciting potential customers is amply supported by the evidence. The respondent is accordingly entitled to damages for infringement in this period.

Now, I ask: Is that high authority sufficient authority to hold that the defendants are entitled to import acyclovir—the patented substance—so that Apotex and Novopharm may press it into tablets in order to determine stability and safety? Neither has a compulsory licence and Apotex has not yet even applied for a licence.

Counsel for the plaintiff says that these defendant generic drug manufacturers are in the analogous position to that of Gryphon in the *Micro Chemicals* case, but in truth there is no evidence that they have advertised any of their tablets made with acyclovir for sale.

Is the *Micro Chemicals* case on all fours with the present case? It is distinguishable. Neither Apotex nor Novopharm is attempting to produce acyclovir in its own laboratory where it could control and would want to limit its findings to and for itself. No. Both are importing already propounded acyclovir. One must remember what Thurlow J. held about importation in his judgment in the *Rhône-Poulenc* case. That stands, except that Parliament has now made specific provision for importation upon issuance of a compulsory licence if the Commissioner finds no reason to prohibit importation. There is no other statutory authority cited here which operates in derogation of a patent.

Have times otherwise changed since the alleged infringement considered in the *Micro Chemicals* case? Yes. Now, before exploiting a compulsory licence, the licensee must also obtain a notice of compliance and a drug identification number from the Health Protection Branch of the Department of National Health and Welfare. The sequence

naissances requises, grâce à ses expériences, ne veut pas nécessairement dire, à mon avis, qu'il est un contrefacteur.

M. Kierans a cité le passage suivant [à la page 521]:

^a La conclusion du Juge Walsh qu'il y a eu contrefaçon entre le 25 janvier 1966 et le 21 juin 1966 du fait que Micro a transféré la substance à Gryphon, que cette dernière a fabriqué des comprimés et que Maney a sollicité des clients éventuels est amplement étayée par la preuve. L'intimée a donc droit à des ^b dommages-intérêts pour contrefaçon au cours de cette période.

Ma question est la suivante: cette décision de la Cour suprême permet-elle de conclure que les ^c défendeurs ont le droit d'importer l'acyclovir (la substance brevetée), de sorte que Apotex et Novopharm puissent en faire des comprimés afin d'en établir la stabilité et l'innocuité? Ni l'une ni l'autre n'est titulaire d'une licence obligatoire et Apotex n'a même pas encore fait de demande en ce sens.

^d Les avocats de la demanderesse affirment que les fabricants de médicaments génériques que sont les défenderesses sont dans une situation analogue à celle de Gryphon dans l'arrêt *Micro Chemicals* ^e mais, en réalité, la preuve n'établit pas qu'elles ont fait de la publicité pour vendre les comprimés d'acyclovir.

L'arrêt *Micro Chemicals* est-il tout à fait identique à la présente espèce? Je ne le crois pas. Ni ^f Apotex ni Novopharm ne tentent de produire l'acyclovir dans leur propre laboratoire, où elles pourraient surveiller les travaux et voudraient s'abstenir d'en communiquer les résultats. Non. ^g Elles importent déjà toutes deux l'acyclovir en question. Il ne faut pas oublier ce que le juge Thurlow a dit au sujet de l'importation dans l'arrêt *Rhône-Poulenc*. Cela s'applique encore, sauf que le Parlement a expressément autorisé l'importation ^h d'une substance lorsqu'une licence obligatoire a été délivrée, si le commissaire n'a pas de bonnes raisons de l'interdire. Il n'y a pas d'autre disposition législative citée en l'espèce qui permette de déroger à un brevet.

ⁱ Les choses ont-elles par ailleurs changé depuis l'époque où la contrefaçon reprochée a été examinée dans l'arrêt *Micro Chemicals*? Oui. Avant d'exploiter une licence obligatoire, il faut maintenant que le titulaire de la licence obtienne un avis de conformité ainsi qu'une identification numérique de la drogue auprès de la Direction générale ^j

envisaged in the statutory scheme is that, first, one obtains the compulsory licence; then one may import for experimentation in order to make appropriate submissions to the Health Protection Branch for a notice of compliance.

The conclusion is that the plaintiffs raised a good “*prima facie*” case of a serious issue to be tried, but given the time it will take to acquire a compulsory licence and a notice of compliance by the defendants Apotex and Novopharm, by which time the plaintiffs’ action could come to trial, they could not show irreparable harm.

It appears to the Court that the plaintiffs’ affidavits upon which they induced Mr. Justice Denault to grant an Anton Piller order were so defective as to have misled the Court. Messrs. Rowan and Desmarais overstated the number of shipments and, by implication, the volume of acyclovir which was imported. Mr. Rowan did not deal fairly and openly in his affidavit with the prospect of testing on the part of the defendants Apotex and Novopharm. Other instances were demonstrated by the defendants’ counsel. Of note in this regard is the case of *Cimaroli v. Pugliese* (1987), 25 C.P.C. (2d) 10, a decision of Master Sandler of the Supreme Court of Ontario, subsequently upheld by Mr. Justice O’Driscoll [(1988), 25 C.P.C. (2d) 10], from whose decision leave to appeal further was refused. There the contentious documentary text was actually before the judge of first instance but it consisted of the proverbial “fine print” and was not brought specially to the judge’s attention. That was perhaps a smaller fault than those exhibited in the plaintiffs’ material before Denault J.

Among the volume of jurisprudence placed before the Court by the parties, mention should be made of *Astra Pharmaceuticals Canada Ltd. et al. v. Apotex Inc.* (1984), 1 C.P.R. (3d) 513 (F.C.T.D.), a decision of Mr. Justice Joyal, and *Takeda Chemical Industries Ltd. et al. v. Novo-*

de la protection de la santé du ministère de la Santé nationale et du Bien-être social. Les étapes prévues dans la loi sont les suivantes: premièrement, il faut obtenir une licence obligatoire; ensuite, on peut importer une substance à des fins expérimentales pour pouvoir soumettre les demandes appropriées à la Direction générale de la protection de la santé et obtenir un avis de conformité.

J’en arrive à la conclusion que les demanderes- ses ont établi, à première vue, l’existence d’une question sérieuse à juger; toutefois, comme il s’écoulera un certain temps avant que les défende- resses Apotex et Novopharm puissent obtenir une licence obligatoire et un avis de conformité, et comme l’action des demandereses pourrait avoir été instruite d’ici là, celles-ci n’ont pu démontrer qu’elles pourraient subir un préjudice irréparable.

La Cour constate que les affidavits sur la foi desquels les demandereses ont persuadé le juge Denault d’accorder l’ordonnance de type Anton Piller demandée étaient si défectueux qu’ils ont induit la Cour en erreur. MM. Rowan et Desma- rais ont grossi le nombre d’envois et, par consé- quent, la quantité d’acyclovir qui avait été impor- tée. Dans son affidavit, M. Rowan n’a pas traité de façon juste et franche la question des expériences que les défenderesses Apotex et Novopharm envi- sagaient de faire. D’autres exemples ont été four- nis par les avocats des défendeurs. Il convient de citer à cet égard l’arrêt *Cimaroli v. Pugliese* (1987), 25 C.P.C. (2d) 10. Il s’agit d’une décision rendue par le protonotaire Sandler de la Cour suprême de l’Ontario, qui a été confirmée par le juge O’Driscoll [(1988), 25 C.P.C. (2d) 10]; la permission d’interjeter appel de cette dernière décision a été refusée. Dans cette affaire, le docu- ment litigieux avait été communiqué au juge de première instance, mais il était constitué des fameuses clauses imprimées en petits caractères, que l’on n’avait pas spécifiquement portées à l’at- tention du juge. La faute était peut-être moins grave que celle qui est ressortie de la preuve des demandereses communiquée au juge Denault.

Les parties ont fourni à la Cour une liste d’ar- rêts parmi lesquels il convient de noter la décision rendue par le juge Joyal dans l’affaire *Astra Phar- maceuticals Canada Ltd. et autres c. Apotex Inc.* (1984), 1 C.P.R. (3d) 513 (C.F. 1^{re} inst.) et celle du juge en chef adjoint de cette Cour dans l’affaire

pharm Ltd. (1985), 7 C.P.R. (3d) 426 (F.C.T.D.), a decision of the Associate Chief Justice of this Court. They have not been overlooked.

The case here is said to be one of “first impression” and is not easy to conclude because it appears that there is fault on both sides in the sense that the plaintiffs obtained a very intrusive Anton Piller order on what may be said to be less than good evidence. On the other hand, the defendants have been importing that for which they have no licence to import.

Since both motions asked for further and other relief as to the Court may seem just, it may require some creative measures in disposing of this matter, where two competing motions are made.

In the case of *Midway Mfg. Co. v. Bernstein*, [1983], 1 F.C. 510; (1982), 67 C.P.R. (2d) 112 (T.D.), Mr. Justice Collier, according to the [C.P.R.] headnote:

Held, the interlocutory injunction part of the order is set aside. The balance of the *Anton Piller* order is not set aside.

That is creative, in my opinion; and while I may not follow the exact same disposition as Mr. Justice Collier, I think that the Court should give such relief as to the Court may seem just.

It was mentioned during the course of the hearing that had the defendants gone to the plaintiffs and requested permission to import some acyclovir so that they could perform experimentations, we might not have had to have such an investigation and such intrusive measures.

The plaintiff says that the defendants thereby were gaining time which they were not entitled to, when it comes to producing and selling under a compulsory licence.

It was also suggested that the plaintiffs, instead of taking the draconian measures they took, or induced Mr. Justice Denault to permit them to take, ought to have gone to the defendants and said: “Look here, we understand that you are

Takeda Chemical Industries Ltd. et autres c. Novopharm Ltd. (1985), 7 C.P.R. (3d) 426 (C.F. 1^{re} inst.). Elles n’ont pas été oubliées.

^a Le litige dont je suis saisi en l’espèce en est un qui fait appel à une «première impression» et il n’est pas facile de le trancher parce les deux parties ont, semble-t-il, été fautives: en effet, les demandereses ont obtenu une injonction de type ^b Anton Piller très contraignante en fournissant des éléments de preuve qui laissaient à désirer. Pour leur part, les défendeurs ont importé une substance à l’égard de laquelle ils ne détenaient aucune licence d’importation.

^c Comme on demandait à la Cour, dans les deux requêtes, de décerner toute autre ordonnance qu’elle pourrait juger équitable, celle-ci pourrait devoir faire preuve d’une certaine imagination pour régler la question, puisque deux requêtes ^d contradictoires ont été déposées.

Dans l’arrêt *Midway Mfg. Co. c. Bernstein*, [1983] 1 C.F. 510; (1982), 67 C.P.R. (2d) 112 (1^{re} inst.), le juge Collier a dit, d’après le sommaire ^e [C.P.R.]:

[TRADUCTION] *Jugement*: la partie de l’ordonnance accordant l’injonction interlocutoire est annulée. Le reste de l’ordonnance de type *Anton Piller* n’est pas annulé.

^f Voilà ce que j’appelle une décision imaginative. Même si je ne rends pas exactement la même décision que le juge Collier, je pense que la Cour devrait décerner l’ordonnance qu’elle juge équitable.

^g Pendant l’instruction, on a dit que si les défendeurs avaient demandé aux demandereses la permission d’importer de l’acyclovir afin de faire des expériences, il n’aurait sans doute pas été nécessaire de mener une telle enquête et de prendre des ^h mesures aussi contraignantes..

La demanderesse affirme que les défendeurs ont pu, de cette façon, gagner du temps auquel ils n’avaient pas droit, pour ce qui est de produire et de ⁱ vendre une substance sous le régime d’une licence obligatoire.

On a aussi laissé entendre que les demandereses auraient dû, au lieu de prendre les mesures radicales qu’elles ont prises ou d’amener le juge Denault à leur permettre de les prendre, communiquer avec les défendeurs et leur dire: «Bon, nous savons que

importing acyclovir and that is contrary to the patent.”

Of course, the defendants urged that if they are not entitled to import it now, that gives the plaintiffs an extension of its patents, in derogation of compulsory licencing.

These are not easy issues to balance, I may say. One could philosophize for a week or a month. But we have no time to do that.

The disposition is as follows:

1. Subject to what follows the seized materials alleged to be acyclovir shall remain in custody and the plaintiff as soon as possible may, without mixing the various contents, take a small random sample, sufficient for analysis, in order to determine whether that seized material be truly of the same chemical composition and constitution as acyclovir, pursuant to subsection 39(2) of the *Patent Act*; and

a) if it be the same then all quantities of that seized material shall be held in continued detention and custody for preservation, and may be photographed and delivered to a person agreed upon by the parties for preservation until

(i) the defendant Apotex obtain a compulsory licence under said Act, whereupon its material and that destined for it may and shall be returned to the owner or respective owners; and until

(ii) the defendant Novopharm obtain such a compulsory licence, whereupon its material and that destined for it may and shall be returned to the owner or respective owners;

b) if the seized material be not the same as the patented material acyclovir pursuant to subsection 39(2) of the Act or deemed thereby to be the same upon test, it shall be returned forthwith, upon the test results being obtained directly from the analyst or tester, to its respective owners among the defendants; and the parties shall in this regard be at liberty to apply to the Court for orders to release the test results within

vous importez de l'acyclovir, et cela contrevient au brevet».

Les défendeurs ont évidemment fait remarquer avec insistance que s'ils ne sont pas autorisés à importer cette substance maintenant, les demanderesse bénéficieront par le fait même d'une prorogation de leurs brevets, ce qui nuira à la délivrance d'une licence obligatoire.

Ces questions ne sont pas faciles à trancher. On pourrait en débattre pendant une semaine ou un mois. Le temps ne nous permet toutefois pas de le faire.

Ma décision est la suivante:

1. Sous réserve de ce qui suit, la substance saisie et tenue pour être de l'acyclovir doit être conservée sous garde et la demanderesse peut, dans les plus brefs délais, sans mélanger les différents contenus, prélever au hasard un petit échantillon suffisant pour effectuer l'analyse destinée à établir si la substance saisie est effectivement formée des mêmes composants et éléments que l'acyclovir, conformément au paragraphe 39(2) de la *Loi sur les brevets*; et

a) s'il s'agit d'acyclovir, toute quantité de substance saisie est toujours conservée sous garde et peut être photographiée et remise à la personne désignée par les parties pour sa conservation jusqu'à la réalisation des événements suivants:

(i) l'obtention par la défenderesse Apotex d'une licence obligatoire en vertu de la Loi et selon laquelle la substance et celle qui est destinée à la défenderesse sont remises au propriétaire ou aux propriétaires respectifs;

(ii) l'obtention par la défenderesse Novopharm d'une licence obligatoire selon laquelle la substance et celle qui est destinée à la défenderesse sont remises au propriétaire ou aux propriétaires respectifs;

b) si la substance saisie n'est pas identique, ou réputée identique, conformément au paragraphe 39(2) de la Loi, à la substance brevetée, l'acyclovir, elle est remise sans délai, après obtention des résultats de l'analyse par l'analyste ou la personne chargée de l'analyse, à ses propriétaires respectifs parmi les défendeurs; les parties peuvent alors s'adresser à la Cour pour obtenir une ordonnance visant à rendre publics les résul-

a reasonable time, to release the seized material and for a further order as to costs;

c) in regard to the seized material respectively of Apotex and of Novopharm, it shall remain in safe custody and preservation so long as its said respective owners do not obtain a compulsory licence pursuant to said Act, where it shall remain at the ultimate expense of those parties ordered to pay costs upon the determination and final judgment in this action, or until further order of the Court;

d) the plaintiffs shall have their taxed party-and-party costs, awarded this 8th day of June, 1990, for proceedings upon their motion heard this day and yesterday and hereby awarded, and the same shall be paid equally by Apotex and Novopharm and if paid in full by the one defendant it shall have judgment for one-half against the other defendant as between Apotex and Novopharm.

2. Until final judgment in this action, or until Apotex and Novopharm respectively obtain a compulsory licence in regard to acyclovir pursuant to the provisions of the *Patent Act*, or until further order of this Court, whichever may be the first to occur, Apotex and Novopharm respectively together with their officers, directors, agents, servants and employees, and those of the other defendants, and the other defendants themselves, are hereby restrained from importing, using, offering for sale, selling, promoting or inducing, causing or procuring others to import, use, offer for sale, sell and promote the medicine acyclovir as prepared by the processes disclosed and claimed in Canadian Patents Nos. 1,062,257 and 1,096,863.

tats d'analyse dans un délai raisonnable, à donner mainlevée de la substance saisie et d'autres ordonnances quant aux dépens;

c) en ce qui concerne les substances respectives d'Apotex et de Novopharm qui ont été saisies, elles sont conservées sous garde jusqu'à ce que ses propriétaires respectifs obtiennent une licence obligatoire en application de la Loi, et les frais de garde sont à la charge des parties condamnées au paiement des dépens à l'issue de l'instance ou jusqu'à nouvelle ordonnance de cette Cour;

d) les dépens des demandereses, accordés le 8 juin 1990 pour la procédure relative à leur requête entendue hier et aujourd'hui, seront taxés sur la base de frais entre parties, et les défenderesses Apotex et Novopharm en supporteront chacune la moitié; si l'une de ces défenderesses paie les dépens en entier, elle aura le jugement sommaire pour la moitié contre l'autre défenderesse.

2. Jusqu'à ce qu'il soit statué sur la présente affaire, ou jusqu'à ce que Apotex et Novopharm obtiennent respectivement une licence obligatoire à l'égard de l'acyclovir, conformément aux dispositions de la *Loi sur les brevets*, ou jusqu'à nouvelle ordonnance de cette Cour, selon le premier des trois événements à survenir, Apotex et Novopharm, ainsi que leurs dirigeants, directeurs, mandataires, préposés et employés, et ceux des autres défendeurs ainsi que les autres défendeurs eux-mêmes, ne peuvent importer, utiliser, offrir en vente, vendre, faire la promotion ou faire en sorte que des tiers importent, utilisent, offrent en vente, vendent et fassent la promotion du médicament acyclovir produit par le procédé divulgué et revendiqué dans les brevets canadiens numéros 1,062,257 et 1,096,863.

T-892-88

T-892-88

Polo Ralph Lauren Corporation, Modes Alto-Regal Inc. (Plaintiffs)

v.

Evan Cato, J.S. Fashions, O.P. Jain, Kevdex Enterprise, Peter Scott, Charles Attwal, Jaskinder Attwal, Jujhar Attwal and Sohun Attwal carrying on business as Attwal Trading Co., Nasinder Anand, Jagir Singh, Balbir-Singh Karir carrying on business as Kentex Manufacturing Co., Ralph Berdugo, Harpal Kanda, Daljeet Dakhu, Prakash Mittal, Bob Da Sousa, Sam Sood, Alum Sood, Bobby Kamel, Yvon Robillard, Janet Mrenica, Arthur Ashby carrying on business as A-Jay Enterprises, Walter Chiu, Nigel Gayme, Michael Lee, Ventura Pangilinan carrying on business as Philtex, Gina Foliero, Daniel Nemiroff, Dawyne Bacchus, Biell Manoda, Jay Patal, Jason Takarobe, Michael Wing, Michael Brown, Jason Potassh, Mandy Yu, Alyssa Black, Deborah Johnson, John Buckley, Steve Hirsch, Jeff Baird, Suman Chopra, William Kaminski, Renaud Lafrance, Universal Smoke Shop Ltd., Margarita Tonado, The Red Apple Unisex Boutique Inc., Leo Fasciani, David Thayer, John Taylor, Paul Rosgen, Steve Ashby, Tom Ashby, Kumarasamy Gnanasundaram, Sandra Bridgpall, Philip Tishler and John Doe and Jane Doe and Other Persons Unknown to the Plaintiffs Who Offer for Sale, Sell, Import, Manufacture, Advertise, or Deal in Counterfeit Polo Ralph Lauren Apparel (*Defendants*)

T-997-88

Hugo Boss A.G., Siga Designs International Inc. (Plaintiffs)

v.

Sudsy's Enterprises Inc. carrying on business as Printex-Cap King, "Robert Da Sousa", "John Barwell", "Paul", "Jason", Nasinder Anand, Balbir-Singh Karir carrying on business as Kentex Manufacturing Co., Prakash Mittal, Sam Sood, Alum Sood, Kevin Flaconer, Andrew Malcolm, J. Ram, Avil Agarwal, Arthur Ashby carrying on business as A-Jay Enterprises, Walter Chiu, Nigel Gayme, Scott Shea, Vejee Group Limited, Ventura Pangilinan carrying on business as Philtex,

Polo Ralph Lauren Corporation, Modes Alto-Regal Inc. (demandereses)

a c.

Evan Cato, J.S. Fashions, O.P. Jain, Kevdex Enterprise, Peter Scott, Charles Attwal, Jaskinder Attwal, Jujhar Attwal et Sohun Attwal, faisant affaire sous la raison sociale de Attwal Trading Co., Nasinder Anand, Jagir Singh, Balbir-Singh Karir, faisant affaire sous la raison sociale de Kentex Manufacturing Co., Ralph Berdugo, Harpal Kanda, Daljeet Dakhu, Prakash Mittal, Bob Da Sousa, Sam Sood, Alum Sood, Bobby Kamel, Yvon Robillard, Janet Mrenica, Arthur Ashby, faisant affaire sous la raison sociale de A-Jay Enterprises, Walter Chiu, Nigel Gayme, Michael Lee, Ventura Pangilinan, faisant affaire sous la raison sociale de Philtex, Gina Foliero, Daniel Nemiroff, Dawyne Bacchus, Biell Manoda, Jay Patal, Jason Takarobe, Michael Wing, Michael Brown, Jason Potassh, Mandy Yu, Alyssa Black, Deborah Johnson, John Buckley, Steve Hirsch, Jeff Baird, Suman Chopra, William Kaminski, Renaud Lafrance, Universal Smoke Shop Ltd., Margarita Tonado, The Red Apple Unisex Boutique Inc., Leo Fasciani, David Thayer, John Taylor, Paul Rosgen, Steve Ashby, Tom Ashby, Kumarasamy Gnanasundaram, Sandra Bridgpall, Philip Tishler et d'autres personnes qui sont inconnues des demandereses et qui offrent en vente, vendent, importent, fabriquent, annoncent ou font le commerce de vêtements Polo Ralph Lauren contrefaits (*défendeurs*)

T-997-88

Hugo Boss A.G., Siga Designs International Inc. (demandereses)

*h**c.*

Sudsy's Enterprises Inc., faisant affaire sous la raison sociale de Printex-Cap King, «Robert Da Sousa», «John Barwell», «Paul», «Jason», Nasinder Anand, Balbir-Singh Karir, faisant affaire sous la raison sociale de Kentex Manufacturing Co., Prakash Mittal, Sam Sood, Alum Sood, Kevin Flaconer, Andrew Malcolm, J. Ram, Avil Agarwal, Arthur Ashby, faisant affaire sous la raison sociale de A-Jay Enterprises, Walter Chiu, Nigel Gayme, Scott Shea, Vejee Group Limited,

Clare Robertson, Daniel Nemiroff, Pat Taylor, Dawyne Bacchus, Richard Fawcett, Jay Patal carrying on business as Maple-T-Luxe, Mandy Yu, Tina Steinberg, Jason Takarobe, Jason Potassh, Michael Brown, Michael Wing, Richard Chai, Audrey Tencer, Bruce Lowther, Sandra Bradshaw, Frank Lee, Michael Schwartzman, Deborah Johnson, Alyssa Black, Devon Bryer, Jeff Baird, John Buckley, Steve Hirsch, Joe Dae, Suman Shopra, William Kaminski, Christine Leclerc doing business as Neon-Mode, Renaud Lafrance, Sam Kadian, Universal Smoke Shop Ltd., Margarita Tonado, Carmelita Corks, Kumarasamy Gnanasundaram carrying on business as Anusha Screen Printing, Steve Ashby carrying on business as A-Jay Enterprises, Tom Ashby, David Thayer, John Taylor, Paul Rosgen, David James Cook, Azim Jiwani carrying on business as Bargain World and John Doe and Jane Doe and Other Persons Unknown to the Plaintiffs Who Offer for Sale, Sell, Import, Manufacture, Advertise, or Deal in Counterfeit Hugo Boss Apparel (*Défendants*)

INDEXED AS: POLO RALPH LAUREN CORP. v. CATO (T.D.)

Trial Division, Reed J.—Toronto, June 6; Ottawa, June 25, 1990.

Practice — Contempt of court — Service — Breach of five Court orders, including Anton Pillar orders, prohibiting distribution and selling of counterfeit garments carrying trade marks "Hugo Boss" or "Polo Ralph Lauren" — Service of show cause order on defendant Arthur Ashby — Personal service normally required — Could not be made as defendant evaded service — Whether R. 355(4) power to authorize another mode of service can be exercised only prior to hearing of contempt charged or whether can also be exercised at hearing — In instant case, leave would have been given for other mode of service — No evidence of prejudice to defendant as required to answer contempt charge for which service allegedly not made at same time as four other contempt charges for which show cause orders personally served and as same facts underlie all five orders — Where no evidence of prejudice, case not set aside for defective service — Persons voluntarily appearing may not rely on defective service — Breach of spirit and principles of R. 2(2) (Rules intended to render effective substantive law and to ensure it is carried out and must be interpreted to facilitate rather than delay) if R. 355(4) not interpreted to allow authorization of service to take place coincident upon hearing of contempt charged as well as some time prior — Service of show cause order valid — Anton Pillar orders — Service thereof — Defendant aware of orders — Such knowledge sufficient to found contempt charge —

Ventura Pangilinan, faisant affaire sous la raison sociale de Philtex, Clare Robertson, Daniel Nemiroff, Pat Taylor, Dawyne Bacchus, Richard Fawcett, Jay Patal, faisant affaire sous la raison sociale de Maple-T-Luxe, Mandy Yu, Tina Steinberg, Jason Takarobe, Jason Potassh, Michael Brown, Michael Wing, Richard Chai, Audrey Tencer, Bruce Lowther, Sandra Bradshaw, Frank Lee, Michael Schwartzman, Deborah Johnson, Alyssa Black, Devon Bryer, Jeff Baird, John Buckley, Steve Hirsch, Joe Dae, Suman Shopra, William Kaminski, Christine Leclerc, faisant affaire sous la raison sociale de Neon-Mode, Renaud Lafrance, Sam Kadian, Universal Smoke Shop Ltd., Margarita Tonado, Carmelita Corks, Kumarasamy Gnanasundaram, faisant affaire sous la raison sociale de Anusha Screen Printing, Steve Ashby, faisant affaire sous la raison sociale de A-Jay Enterprises, Tom Ashby, David Thayer, John Taylor, Paul Rosgen, David James Cook, Azim Jiwani, faisant affaire sous la raison sociale de Bargain World et d'autres personnes qui sont inconnues des demandresses et qui offrent en vente, vendent, importent, fabriquent, annoncent ou font le commerce de vêtements Hugo Boss contrefaits (*défendeurs*)

RÉPERTORIÉ: POLO RALPH LAUREN CORP. c. CATO (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge Reed—Toronto, 6 juin; Ottawa, 25 juin 1990.

Pratique — Outrage au tribunal — Signification — Refus d'obtempérer à cinq ordonnances de la Cour, y compris des ordonnances Anton Pillar, interdisant la distribution et la vente de vêtements contrefaits portant les marques de commerce «Hugo Boss» ou «Polo Ralph Lauren» — Signification de l'ordonnance de justification au défendeur Arthur Ashby — La signification à personne est normalement exigée — Il n'a pas été possible de signifier l'ordonnance à personne car le défendeur se soustrayait à la signification — Le pouvoir accordé par la Règle 355(4) d'autoriser un autre mode de signification peut-il être exercé seulement avant l'audience relative à l'accusation d'outrage au tribunal ou peut-il également être exercé au cours de cette audience? — En l'espèce, un autre mode de signification aurait été autorisé — On ne cause aucun préjudice au défendeur en lui demandant de répondre à la fois à une accusation d'outrage dont il n'aurait pas reçu signification et à quatre autres accusations d'outrage pour lesquelles des ordonnances de justification lui ont été signifiées à personne, étant donné que les mêmes faits sont à la base des cinq ordonnances — Lorsque rien ne permet de penser que le défendeur subira un préjudice, le tribunal refusera de rejeter une demande au simple motif que la signification était viciée — Les personnes qui comparaissent de leur plein gré sont irrecevables à invoquer une signification viciée — On porte atteinte à l'esprit et aux principes de la Règle 2(2) (lesquelles

Personal service unnecessary — Conduct demonstrating blatant disregard for rights of others and for Court orders — Tom and Arthur Ashby each fined \$6,000, with costs on solicitor-client basis — Defendant given two weeks to adduce evidence with respect to alleged breach of order for which service of show cause order found valid — With respect to order issued against sons, as Arthur Ashby not named and as plaintiff failed to argue father aided and abetted breaches, not in contempt in respect thereof.

Trade marks — Practice — Contempt of court — Service of Anton Pillar and show cause orders — Where defendant well aware of, but unwilling to obey, Anton Pillar orders, knowledge sufficient to found contempt charges — Personal service not necessary — Normally, under R. 355(4), personal service necessary for show cause orders — Where defendant not prejudiced and aware of circumstances through service of other show cause orders, R. 355(4) may be interpreted as allowing authorization of other mode of service at hearing of contempt charge itself.

visent à faire apparaître le droit et à en assurer la sanction et doivent être interprétées de manière à faciliter la marche des procès plutôt que la retarder) si l'on n'interprétait pas la Règle 355(4) de manière à permettre que l'autorisation de ce mode de signification soit donnée aussi bien simultanément avec l'audition des accusations d'outrage qu'avant cette audition — La signification de l'ordonnance de justification était valide — Ordonnances Anton Pillar — Signification de ces ordonnances — Le défendeur était au courant des ordonnances — Cette connaissance est suffisante pour étayer une accusation d'outrage au tribunal — Il n'était pas nécessaire de lui signifier le document à personne — Conduite révélant un mépris flagrant des droits d'autrui et des ordonnances de la Cour — Tom et Arthur Ashby sont chacun condamnés à une amende de 6 000 \$ ainsi qu'aux dépens extrajudiciaires — La Cour accorde au défendeur deux semaines pour présenter des éléments de preuve au sujet de son présumé refus d'obtempérer à l'ordonnance à l'égard de laquelle la signification de l'ordonnance de justification a été jugée valide — Quant à l'ordonnance prononcée contre ses fils, étant donné qu'il n'y est pas nommément désigné et que la demanderesse n'a pas allégué qu'il s'était fait le complice des refus d'obtempérer, Arthur Ashby ne s'est pas rendu coupable d'outrage à son égard.

Marques de commerce — Pratique — Outrage au tribunal — Signification d'ordonnances Anton Pillar et d'ordonnances de justification — Lorsque le défendeur est parfaitement au courant de l'existence d'ordonnances Anton Pillar mais qu'il refuse d'y obtempérer, la connaissance est suffisante pour étayer des accusations d'outrage au tribunal — Il n'est pas nécessaire de lui signifier le document à personne — Normalement, aux termes de la Règle 355(4), la signification à personne est nécessaire dans le cas des ordonnances de justification — Lorsque le défendeur ne subit aucun préjudice et qu'il est au courant de la situation parce qu'il a reçu signification d'autres ordonnances de justification, la Règle 355(4) peut être interprétée comme permettant d'accorder l'autorisation d'un autre mode de signification au cours de l'audience relative à l'accusation d'outrage elle-même.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 2(2), 355(4).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

King v. Kokot (1980), 31 O.R. (2d) 461; 119 D.L.R. (3d) 154; 18 C.P.C. 269 (H.C.); *Hope v. Hope* (1854), 43 E.R. 534 (Ch.D.); *Re Consiglio et al.*, [1971] 3 O.R. 798 (M.C.); *Rupertsland Mtge. Invt. Ltd. v. City of Winnipeg* (1981), 23 C.P.C. 208 (Man. Co. Ct.); *Apple Computer, Inc. v. Minitronics of Canada Ltd.*, [1988] 2 F.C. 265; (1988), 17 C.I.P.R. 308; 19 C.P.R. (3d) 15; 17 F.T.R. 37 (T.D.); *Di Giacomo v. Di Giacomo Canada Inc.* (1988), 20 C.P.R. (3d) 251 (Ont. H.C.).

REFERRED TO:

Beloit Can. Ltée/Ltd. v. Valmet Oy (1988), 18 C.I.P.R. 1; 20 C.P.R. (3d) 1; 15 F.T.R. 240; 82 N.R. 235 (F.C.A.);

LOIS ET RÈGLEMENTS

Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 2(2), 355(4).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

King v. Kokot (1980), 31 O.R. (2d) 461; 119 D.L.R. (3d) 154; 18 C.P.C. 269 (H.C.); *Hope v. Hope* (1854), 43 E.R. 534 (Ch.D.); *Re Consiglio et al.*, [1971] 3 O.R. 798 (C.M.); *Rupertsland Mtge. Invt. Ltd. v. City of Winnipeg* (1981), 23 C.P.C. 208 (C. cté Man.); *Apple Computer, Inc. c. Minitronics of Canada Ltd.*, [1988] 2 C.F. 265; (1988), 17 C.I.P.R. 308; 19 C.P.R. (3d) 15; 17 F.T.R. 37 (1^{re} inst.); *Di Giacomo v. Di Giacomo Canada Inc.* (1988), 20 C.P.R. (3d) 251 (H.C. Ont.).

DÉCISIONS CITÉES:

Beloit Can. Ltée/Ltd. c. Valmet Oy (1988), 18 C.I.P.R. 1; 20 C.P.R. (3d) 1; 15 F.T.R. 240; 82 N.R. 235 (C.A.F.);

Baxter Travenol Laboratories of Canada Ltd. et al. v. Cutter (Canada), Ltd., [1983] 2 S.C.R. 388; (1983), 2 D.L.R. (4th) 621; 1 C.I.P.R. 46; 36 C.P.C. 305; 75 C.P.R. (2d) 1; 50 N.R. 1; *Re Avery*, [1952] O.R. 192; [1952] 2 D.L.R. 413 (C.A.); *Seaward v. Paterson*, [1897] 1 Ch. 545 (C.A.); *T Poje v. A. G. for British Columbia*, [1953] 1 S.C.R. 516; 2 D.L.R. 785; (1953), 105 C.C.C. 311; 17 C.R. 176; *Re Gaglardi* (1960), 27 D.L.R. (2d) 281; 34 W.W.R. 193 (B.C.C.A.); *Profekta International Inc. v. Pearl Video Ltd.* (1987), 16 C.I.P.R. 193; 16 C.P.R. (3d) 97; 13 F.T.R. 170 (F.C.T.D.); *Hugo Boss v. Brunswick* (T-1436-87, Jerome A.C.J., order dated 14/9/87, F.C.T.D., not reported); *Guccio Gucci v. Cebuchier* (T-408-88, Jerome A.C.J., order dated 15/1/90, F.C.T.D., not yet reported); *Montres Rolex S.A. et al. v. Herson et al.* (1987), 15 C.P.R. (3d) 368; 12 F.T.R. 70 (F.C.T.D.); *Guccio Gucci S.p.A. v. Silvert* (1988), 18 C.I.P.R. 274; 19 C.P.R. (3d) 256 (F.C.T.D.).

Baxter Travenol Laboratories of Canada Ltd. et autres c. Cutter (Canada), Ltd., [1983] 2 R.C.S. 388; (1983), 2 D.L.R. (4th) 621; 1 C.I.P.R. 46; 36 C.P.C. 305; 75 C.P.R. (2d) 1; 50 N.R. 1; *Re Avery*, [1952] O.R. 192; [1952] 2 D.L.R. 413 (C.A.); *Seaward v. Paterson*, [1897] 1 Ch. 545 (C.A.); *T Poje v. A. G. for British Columbia*, [1953] 1 R.C.S. 516; 2 D.L.R. 785; (1953), 105 C.C.C. 311; 17 C.R. 176; *Re Gaglardi* (1960), 27 D.L.R. (2d) 281; 34 W.W.R. 193 (C.A.C.-B.); *Profekta International Inc. c. Pearl Video Ltd.* (1987), 16 C.I.P.R. 193; 16 C.P.R. (3d) 97; 13 F.T.R. 170 (C.F. 1^{re} inst.); *Hugo Boss c. Brunswick* (T-1436-87, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 14-9-87, C.F. 1^{re} inst., non publiée); *Guccio Gucci c. Cebuchier* (T-408-88, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 15-1-90, C.F. 1^{re} inst., encore inédite); *Montres Rolex S.A. et autres c. Herson et autres* (1987), 15 C.P.R. (3d) 368; 12 F.T.R. 70 (C.F. 1^{re} inst.); *Guccio Gucci S.p.A. c. Silvert* (1988), 18 C.I.P.R. 274; 19 C.P.R. (3d) 256 (C.F. 1^{re} inst.).

AUTHORS CITED

Louisell, David W. and Hazard, Geoffrey C. *Cases and Materials on Pleading and Procedure* [S.1.: s.n.: s.d.].

COUNSEL:

Christopher J. Pibus for plaintiffs.
D. Kevin Haxell for defendant Arthur Ashby.

SOLICITORS:

Gowling, Strathy & Henderson, Toronto, for plaintiffs.
D. Kevin Haxell, Toronto, for defendant Arthur Ashby.

The following are the reasons for order rendered in English by

REED J.: Arthur Ashby and Tom Ashby were ordered to appear before the Court to hear proof of certain acts of contempt with which they are charged and to urge any grounds of defence they might have. The acts of contempt relate to breaches of several orders of this Court. Those orders, amongst other things, prohibit the distribution and selling of counterfeit garments carrying the trade marks "Hugo Boss" or "Polo Ralph Lauren".

At the close of the hearing of this application, counsel for Tom Ashby conceded that his client

DOCTRINE

Louisell, David W. et Hazard, Geoffrey C. *Cases and Materials on Pleading and Procedure* [S.1.: s.n.: s.d.].

AVOCATS:

Christopher J. Pibus pour les demandereses.
D. Kevin Haxell pour le défendeur Arthur Ashby.

PROCUREURS:

Gowling, Strathy & Henderson, Toronto, pour les demandereses.
D. Kevin Haxell, Toronto, pour le défendeur Arthur Ashby.

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

LE JUGE REED: La Cour a ordonné à Arthur Ashby et à Tom Ashby de comparaître devant la Cour pour entendre la preuve de certains actes d'outrage au tribunal dont ils sont accusés et pour présenter le cas échéant leur défense en exposant la raison de leur conduite. Les actes d'outrage au tribunal se rapportent à des refus d'obtempérer à plusieurs ordonnances de notre Cour. Ces ordonnances interdisent notamment la distribution et la vente de vêtements contrefaits portant les marques de commerce «Hugo Boss» ou «Polo Ralph Lauren».

À la clôture de l'audience relative à la présente requête, l'avocat de Tom Ashby a reconnu que son

was in contempt of the following orders of the Associate Chief Justice: one dated January 8, 1990 on file T-997-88; a second dated January 8, 1990 on file T-892-88; a third dated October 30, 1989 on file T-997-88; and a fourth dated October 30, 1989 on file T-892-88. The T-997-88 file relates to infringement of the "Hugo Boss" trade mark. The T-892-88 file relates to the infringement of the "Polo Ralph Lauren" marks.

While it is conceded that Tom Ashby is guilty of contempt of the four orders in question, a number of defences were raised with respect to the position of Arthur Ashby.

Arthur Ashby is charged with breach of the same four orders as Tom Ashby. The breach of an additional order is alleged to have been committed by Arthur Ashby. Of the four orders, referred to above, the two dated October 30, 1989 are Anton Pillar orders. They were issued against a number of defendants, one of whom is Arthur Ashby carrying on business as A-Jay Enterprises and John Doe and Jane Doe and other persons, unknown to the plaintiffs, who offer for sale, sell, import, manufacture, advertise or deal in counterfeit Polo Ralph Lauren or Hugo Boss apparel. The Anton Pillar orders authorize the solicitors for the plaintiffs to seize any counterfeit garments carrying these trade marks, which they find, and deliver them to the Court.¹ At the same time, as is usual in this type of order, the person or persons from whom the goods are seized is served with a notice of motion setting a date and time at which he or she can dispute the validity of that seizure. The Anton Pillar orders also require persons in possession of such counterfeit garments to allow the

¹ The express terms of the Polo Ralph Lauren order provides, in part, as follows:

5. The Respondents, . . . shall immediately deliver up to the Plaintiffs' solicitors, or their agents, for delivery into the interim custody of any Registrar of this Court, following the taking of any copies required, all of the following articles, data and documents within their possession, custody or control:

(Continued on next page)

client avait désobéi aux ordonnances suivantes du juge en chef adjoint: la première, datée du 8 janvier 1990, prononcée dans le dossier T-997-88, la deuxième, datée du 8 janvier 1990, prononcée dans le dossier T-892-88, la troisième, datée du 30 octobre 1989, prononcée dans le dossier T-997-88, et la quatrième, datée du 30 octobre 1989, rendue dans le dossier T-892-88. Le dossier T-997-88 concerne la contrefaçon de la marque de commerce «Hugo Boss». Le dossier T-892-88 se rapporte à la contrefaçon des marques «Polo Ralph Lauren».

Même s'il est admis que Tom Ashby est coupable d'avoir refusé d'obtempérer aux quatre ordonnances en question, plusieurs moyens de défense ont été invoqués au soutien de la thèse d'Arthur Ashby.

Arthur Ashby est accusé d'avoir refusé d'obtempérer aux quatre mêmes ordonnances que Tom Ashby. On accuse également Arthur Ashby d'avoir désobéi à une autre ordonnance. Sur les quatre ordonnances susmentionnées, les deux ordonnances datées du 30 octobre 1989 sont des ordonnances de type Anton Pillar. Elles ont été prononcées contre plusieurs défendeurs, dont Arthur Ashby, qui fait affaire sous la raison sociale de A-Jay Enterprises et contre d'autres personnes, qui sont inconnues des demandeurs et qui offrent en vente, vendent, importent, fabriquent, annoncent ou font le commerce de vêtements Polo Ralph Lauren ou Hugo Boss contrefaits. L'ordonnance Anton Pillar autorise les procureurs des demanderesse à saisir tout vêtement contrefait portant ces marques de commerce qu'ils trouveront, et de les remettre à la Cour¹. Par ailleurs, comme c'est habituellement le cas avec ce type d'ordonnance, les personnes contre qui la saisie est pratiquée reçoivent signification d'un avis de requête fixant la date et l'heure à laquelle elles

¹ Voici un extrait des dispositions pertinentes de l'ordonnance relative à Polo Ralph Lauren:

5. Les intimés . . . devront remettre sans délai aux procureurs des demanderesse ou à leurs mandataires, pour qu'ils les confient à la garde provisoire de tout greffier de la Cour après en avoir fait les copies requises, tous les articles, données et documents suivants qui se trouvent en leur possession, ou sous leur garde ou leur autorité:

(Suite à la page suivante)

plaintiffs' solicitors to search the premises where the garments are found and to disclose to the solicitors the source from which the garments were acquired.

The two orders of January 8, 1990 are interlocutory injunction orders. They order certain defendants including Tom Ashby, not to sell, offer for

(Continued from previous page)

(i) all clothing and related items bearing the POLO Trade Marks or any trade mark confusingly similar therewith; and

(ii) any documents or data which appear to relate to the purchase, acquisition, shipment, importation, sale, distribution, manufacture or printing of clothing bearing the POLO Trade Marks.

6. The Respondents, and any of them, shall:

(i) permit the Plaintiffs' solicitors, their agents, and such persons as may be authorized by such solicitors (being not more than four in number) to forthwith enter and search their stands, displays and premises, including any vehicles, carts and wagons used in their business, on any day at any time between 6:00 a.m. and 12:00 a.m. (midnight) for the purpose of searching for, removing and delivering into the interim custody of this Court, subject to further directions, the articles and documents referred to in paragraph 5 herein.

(ii) open and make available to the Plaintiffs' solicitors, or their agents, for inspection any case, container, cabinet, drawer or storage means within their possession, custody or control and open any locked door which the person serving this Order reasonably believes or suspects may contain, or behind which may be, articles or documents which he is unable to inspect by reason of the said door, cabinet, drawer, case, container or storage means being locked or otherwise unavailable for inspection; and deliver up any key or other thing necessary to open such door, cabinet, drawer, case container or storage means.

(iii) disclose to the persons serving this Order the following matters:

(a) the whereabouts of all articles or documents referred to in paragraph 5 herein that are in their possession, custody or control, whether at their stands, displays, premises, vehicles or elsewhere or being held on their behalf by any other person or in storage or in the course of transit or being delivered either to or from them to or from any other person;

(b) their names and addresses, and the names and addresses of all persons from whom they (and such other persons served with this Order) obtained or are obtaining, and to whom they have supplied or are supplying, the said articles.

peuvent contester la validité de la saisie. Les ordonnances Anton Pillar enjoignent également aux personnes qui sont en possession de tels vêtements contrefaits de permettre aux procureurs des demandresses d'effectuer une perquisition dans
^a les locaux où se trouvent les vêtements et de divulguer aux procureurs le nom de la personne de qui elles ont acquis les vêtements.

Les deux ordonnances du 8 janvier 1990 sont
^b des injonctions interlocutoires. Elles interdisent à certains défendeurs, dont Tom Ashby, de vendre,

(Suite de la page précédente)

(i) tous les vêtements et articles connexes portant la marque de commerce POLO ou toute marque de commerce y ressemblant au point de créer de la confusion;

(ii) tous les documents et données qui semblent se rapporter à l'achat, l'acquisition, l'expédition, l'importation, la vente, la distribution, la fabrication ou l'impression de vêtements portant la marque de commerce POLO.

6. Chacun des intimés devra:

(i) permettre aux procureurs des demandresses, à leurs mandataires et aux personnes que ces procureurs pourront autoriser (et dont le nombre ne devra pas dépasser quatre) de perquisitionner sans délai dans leurs étalages et leurs locaux, y compris dans les véhicules, chariots et voitures utilisés dans le cadre de leur entreprise, n'importe quel jour, entre 6 h et minuit, dans le but de chercher, d'enlever et de confier à la garde provisoire de la Cour, sous réserve de toute autre directive, les articles et documents mentionnés au paragraphe 5.

(ii) ouvrir et mettre à la disposition des procureurs des demandresses, ou de leurs mandataires, pour inspection, les caisses, conteneurs, classeurs, tiroirs et meubles ou dispositifs de rangement qui se trouvent en leur possession ou sous leur garde ou leur autorité, et ouvrir toute porte verrouillée que la personne qui signifie l'ordonnance soupçonne de contenir ou derrière lesquels peuvent se trouver des articles ou des documents qu'elle n'est pas capable d'inspecter parce que la caisse, le classeur, le tiroir, la caisse, le conteneur ou le meuble ou le dispositif de rangement est verrouillé ou qu'on ne peut par ailleurs l'inspecter; et remettre toute clé ou autre objet nécessaire à l'ouverture de cette porte, ce classeur, ce tiroir, cette caisse, ce conteneur ou ce meuble ou dispositif de rangement.

(iii) divulguer aux personnes qui signifient la présente ordonnance les éléments suivants:

a) l'endroit où se trouvent tous les articles et documents mentionnés à l'article 5 qui sont en leur possession ou sous leur garde ou leur autorité, que ce soit dans leurs étalages, leurs locaux, leurs véhicules ou ailleurs, ou qui sont détenus en leur nom par d'autres personnes ou qui sont entreposés ou en transit ou qu'ils livrent à d'autres personnes ou que d'autres personnes leur livrent;

b) leur nom et leur adresse, et le nom et l'adresse de toutes les personnes pour lesquelles elles (ainsi que les personnes à qui la présente ordonnance sera signifiée) obtiennent ou sont en train d'obtenir les articles en question et à qui elles ont fourni ou sont en train de fournir les articles en question.

sale, distribute, transfer or otherwise deal with clothing carrying the "Polo Ralph Lauren" and "Hugo Boss" marks.

The additional order, a breach of which is charged against Arthur Ashby, is an interlocutory injunction order of July 26, 1988. It orders certain named defendants, one of which is Arthur Ashby (carrying on business as A-Jay Enterprises), not to sell, offer for sale, distribute, transfer or otherwise deal with clothing carrying the "Hugo Boss" trade mark.

Facts

It is necessary, first of all, to set the orders in the context of the overall litigation which the plaintiffs have been carrying on in this Court. In May and June of 1988, statements of claim were filed by the plaintiffs alleging infringement of their respective marks by numerous defendants both named and unnamed. Anton Pillar orders were issued against persons both named and unnamed. These Anton Pillar orders of May 16, 1988 (Polo Ralph Lauren) and June 1, 1988 (Hugo Boss) were extended or renewed from time to time. One such renewal occurred on October 30, 1989.

On June 13, 1988 interlocutory injunction orders issued, on consent, against certain named defendants prohibiting them from selling, transferring, or otherwise dealing with wearing apparel carrying the "Hugo Boss" ("Boss") or "Polo Ralph Lauren" ("Polo") marks. On July 12, 1988 Arthur Ashby, carrying on business as A-Jay Enterprises, was added as a defendant against whom the interlocutory injunction order in the Polo Ralph Lauren case applied. On July 26, 1988 Arthur Ashby, carrying on business as A-Jay Enterprises, was added as a defendant against whom the interlocutory injunction order in the Hugo Boss case applied. The interlocutory injunction orders against Arthur Ashby, carrying on business as A-Jay Enterprises, were served on August 10, 1988 by leaving a copy with Arthur's

d'offrir en vente, de distribuer, de transférer des vêtements portant les marques de commerce «Polo Ralph Lauren» et «Hugo Boss» ou de faire toute autre opération à leur égard.

^a L'autre ordonnance, à laquelle Arthur Ashby est accusé d'avoir désobéi, est une injonction interlocutoire datée du 26 juillet 1988. Elle interdit à certains défendeurs nommément désignés, dont ^b Arthur Ashby (faisant affaire sous la raison sociale de A-Jay Enterprises), de vendre, d'offrir en vente, de distribuer ou de transférer des vêtements portant la marque de commerce «Hugo Boss» ou de faire toute autre opération à leur ^c égard.

Les faits

Il est nécessaire, tout d'abord, de situer les ^d ordonnances dans le contexte général du procès que les demandereses ont intenté devant notre Cour. En mai et en juin de 1988, les demandereses ont déposé des déclarations dans lesquelles elles alléguaient que leurs marques de commerce ^e respectives avaient été contrefaites par de nombreux défendeurs, dont certains étaient nommément désignés et dont d'autres ne l'étaient pas. Des ordonnances Anton Pillar ont été prononcées tant contre les uns que les autres. Ces ordonnances Anton ^f Pillar du 16 mai 1988 (Polo Ralph Lauren) et du 1^{er} juin 1988 (Hugo Boss) ont été prorogées ou renouvelées à l'occasion. Un de ces renouvellements a eu lieu le 30 octobre 1989.

^g Le 13 juin 1988, des injonctions interlocutoires ont été prononcées, de consentement, pour interdire à certains défendeurs nommément désignés de vendre et de transférer les vêtements portant la ^h marque «Hugo Boss» («Boss») ou «Polo Ralph Lauren» («Polo») ou de faire toute autre opération à leur égard. Le 12 juillet 1988, Arthur Ashby, faisant affaire sous la raison sociale de A-Jay Enterprises, a été ajouté aux défendeurs à qui ⁱ l'ordonnance prononcée dans l'affaire Polo Ralph Lauren s'appliquait. Le 26 juillet 1988, Arthur Ashby, faisant affaire sous la raison sociale de A-Jay Enterprises, a été ajouté aux défendeurs à qui l'injonction interlocutoire prononcée dans l'affaire ^j Hugo Boss s'appliquait. Les injonctions interlocutoires prononcées contre Arthur Ashby, faisant affaire sous la raison sociale de A-Jay Enterprises,

son Tom Ashby. These were left at a business premise on Passmore Road in Scarborough.

As has been noted, on October 30, 1989, Anton Pillar orders issued with respect to both marks (these were renewals of the earlier Anton Pillar orders). One of the named defendants therein was Arthur Ashby carrying on business as A-Jay Enterprises. Those orders, as is usual, also issued against John Doe and Jane Doe and other unnamed defendants.

In December 1989, solicitors for the plaintiffs attended at a store on Yonge Street which had counterfeit "Boss" and "Polo" shirts on display in the window. The outside of the store carried no trade name or marks of identification but inside the store, the vendor's permit, which was affixed to the wall, indicated that that permit had been issued in the name of A-Jay Enterprises and Arthur Ashby. Steve Ashby was in charge of the store. The plaintiffs' solicitor served the Anton Pillar orders of October 30, 1989 on Steve Ashby and took away approximately 100-150 counterfeit articles carrying the "Boss" and "Polo" marks (sweatshirts and sweatpants). In answer to queries concerning the source of these garments, Steve Ashby informed the solicitors that they came from his father, Arthur Ashby.

The plaintiffs' solicitor then attended at a Wings Road address in Woodbridge, which address had been on some of the boxes seized from the Yonge Street store. They again saw counterfeit garments. The Anton Pillar orders of October 30, 1989 were served on the person who appeared to be in charge, Tom Ashby. Five counterfeit garments were seized (two "Boss" and three "Polo"). Tom Ashby indicated that the source of the counterfeit garments was his father, Arthur Ashby.

Tom and Steve Ashby were then added as party defendants to the statement of claim and inter-

ont été signifiées le 10 août 1988, par la remise d'une copie au fils d'Arthur Ashby, Tom Ashby, dans un établissement commercial situé Passmore Road, à Scarborough.

^a Comme nous l'avons signalé, le 30 octobre 1989, des ordonnances Anton Pillar ont été prononcées à l'égard des deux marques (il s'agissait de renouvellements des ordonnances Anton Pillar déjà prononcées). L'un des défendeurs qui y étaient nommément désignés était Arthur Ashby, faisant affaire sous la raison sociale de A-Jay Enterprises. Comme c'est habituellement le cas, ces ordonnances ont également été prononcées contre d'autres défendeurs au nom inconnu.

^b En décembre de 1989, les procureurs des demanderessees se sont présentés dans un magasin de la rue Yonge dans la vitrine duquel étaient exposées des chemises «Boss» et «Polo». Aucun nom commercial ou marque d'identification n'était indiqué à l'extérieur du magasin, mais à l'intérieur du magasin, le permis du vendeur, qui était fixé au mur, indiquait que le permis avait été délivré au nom de A-Jay Enterprises et d'Arthur Ashby. Steve Ashby était à la tête du magasin. Les procureurs des demanderessees ont signifié les ordonnances Anton Pillar du 30 octobre 1989 à Steve Ashby et ont saisi environ 100 à 150 articles contrefaits portant les marques «Boss» et «Polo» (des pulls et des pantalons d'entraînement). En réponse aux questions qui lui étaient posées au sujet de la provenance de ces vêtements, Steve Ashby a informé les procureurs qu'ils venaient de son père, Arthur Ashby.

^c Les procureurs des demanderessees se sont ensuite présentés à un local situé Wings Road, à Woodbridge, dont l'adresse figurait sur certaines des boîtes saisies au magasin de la rue Yonge. Ils ont à nouveau vu des vêtements contrefaits. Les ordonnances Anton Pillar du 30 octobre 1989 ont été signifiées à la personne qui semblait être à la tête du magasin, Tom Ashby. On a saisi cinq vêtements contrefaits (deux vêtements portant la marque «Boss» et trois vêtements portant la marque «Polo»). Tom Ashby a déclaré qu'il tenait les vêtements contrefaits de son père, Arthur Ashby.

^d Tom et Steve Ashby ont ensuite été constitués codéfendeurs et des injonctions interlocutoires

locutory injunction orders similar to those which had been issued against their father in July of 1988 were issued against them. These interlocutory injunction orders were issued, as has been noted, on January 8, 1990. They were served personally on Tom Ashby at the Wings Road premises on January 25, 1990. The process server sought to serve both Tom and Steve Ashby but was told he would be unable to serve Steve because he was away at school in the United States. Arthur Ashby agreed to accept service on behalf of his son, Steve, and did so on January 29, 1990. Upon receiving the documents from the process server, Arthur ripped them up, in the presence of the process server, and threw them in the wastebasket stating that Steve was "never going to see these".

Two months later, on March 30, 1990, an investigator employed by the plaintiffs attended at the Wings Road store and saw some counterfeit "Boss" and "Polo" sweatshirts displayed. He bought two. The vendor was Tom Ashby. His father, Arthur, was seated in a corner of the room at the time, reading the newspaper. The investigator engaged Tom in conversation and made enquiries about buying T-shirts carrying the same brand names. He also enquired about buying T-shirts in bulk for possible resale. Tom Ashby informed the investigator that T-shirts would be arriving soon, in anticipation of the warmer summer weather, and that they could be bought in bulk. He also indicated that bulk purchases would be available at a lower price than a single garment purchase. Tom Ashby added a cautionary note. With respect to reselling the garments, he indicated that one had to be careful because "they could take them from you" if they find out.

The investigator left the Wings Road store with his "Polo" and "Boss" sweatshirt purchases. He returned a few minutes later with the plaintiffs' solicitor. The solicitor proceeded to serve the Anton Pillar orders of October 30, 1989, with a view to taking away all the counterfeit garments on the premises which carried the "Boss" and "Polo" trade marks. The Anton Pillar documentation was handed to Tom Ashby and he was asked if he needed an explanation since he had been

semblables à celles qui avaient été prononcées contre leur père en juillet de 1988 ont été prononcées contre eux. Comme nous l'avons déjà signalé, ces ordonnances ont été prononcées le 8 janvier 1990. Elles ont été signifiées à personne à Tom Ashby au local de Wings Road le 25 janvier 1990. L'huissier a tenté de signifier les ordonnances tant à Tom qu'à Steve Ashby, mais on l'a informé qu'il ne pouvait les signifier à Steve, parce qu'il se trouvait aux États-Unis pour ses études. Arthur Ashby a accepté la signification au nom de son fils Steve le 29 janvier 1990. Après avoir reçu les documents de l'huissier, Arthur les a déchiré en présence du huissier et les a jetés à la poubelle en déclarant que Steve [TRADUCTION] «ne verra jamais ces documents».

Deux mois plus tard, le 30 mars 1990, un détective engagé par les demandresses s'est présenté au magasin de Wings Road et a vu certains chandails d'entraînement «Boss» et «Polo» qui étaient exposés. Il en a acheté deux. Le vendeur était Tom Ashby. Son père, Arthur, était à ce moment-là assis dans un coin de la pièce et il lisait le journal. Le détective a engagé la conversation avec Tom et lui a posé des questions au sujet de l'achat de tee-shirts portant les mêmes marques. Il s'est également renseigné au sujet de la possibilité d'acheter des tee-shirts en grosses quantités pour les revendre éventuellement. Tom Ashby a informé le détective qu'il attendait des tee-shirts sous peu en prévision des chaleurs de l'été et qu'on pouvait les acheter en grosses quantités. Il a également précisé qu'en achetant des vêtements en grosses quantités, on pouvait obtenir un meilleur prix qu'en les achetant à l'unité. Tom Ashby a ajouté une mise en garde. Au sujet de la revente des vêtements, il a précisé qu'il fallait être prudent, car [TRADUCTION] «ils peuvent vous les enlever» s'ils l'apprennent.

Le détective a quitté le magasin de Wings Road avec les pulls d'entraînement «Polo» et «Boss» qu'il avait achetés. Il est revenu quelques minutes plus tard avec le procureur des demandresses. Le procureur a procédé à la signification des ordonnances Anton Pillar du 30 octobre 1989, dans le but d'emporter tous les vêtements contrefaits qui se trouvaient sur place et qui portaient les marques de commerce «Boss» et «Polo». Les documents Anton Pillar ont été remis à Tom Ashby, à qui l'on

through this before (i.e., the previous December at the same Wings Road location). Arthur Ashby, then, entered the discussion. He picked up the documents from the counter and demanded an explanation as to where the solicitor for the plaintiffs got the authority to remove articles from the store. An explanation was given. Arthur became irate and profane. He would not let the solicitor and the investigator remove the two boxes of counterfeit garments which they could see. He would not let them search the store nor give them information concerning the source of the garments. He "showed" them the door and threw the Anton Pillar documents out the door after them, into a puddle of water. The door was locked and the lights turned off. The investigator went to the rear of the store and saw Tom Ashby leaving, carrying two large boxes. When Tom saw the investigator, he returned to the store. The solicitor for the plaintiffs picked the Anton Pillar documents out of the puddle and took them back to his office.

Arthur Ashby—Defences

As noted, Arthur Ashby has been ordered to show cause why he is not in contempt of the two Anton Pillar orders of October 30, 1989 and the two interlocutory injunction orders of January 8, 1990. The show cause orders respecting these issued on April 9, 1990. Subsequently, an order dated May 28, 1990, required him also to show cause as to why he was not in contempt of the interlocutory injunction order of July 26, 1988, relating to the "Hugo Boss" counterfeit garments.

Counsel for Arthur Ashby argues that the alleged contempt of the order of July 26, 1988 cannot be properly heard at this time because the show cause order of May 28, 1990 was never personally served on the defendant. After the Associate Chief Justice issued the show cause order on May 28, 1990, counsel for the plaintiffs had a copy delivered to counsel for Arthur Ashby. He was informed that counsel was not authorized to accept service of that document. A process

a demandé s'il avait besoin d'explications, étant donné qu'il avait déjà vécu la même expérience (en l'occurrence, en décembre, au même établissement de Wings Road). Arthur Ashby est alors intervenu. Il a pris les documents sur le comptoir et a exigé qu'on lui explique qui avait autorisé le procureur des demandereses à retirer des articles du magasin. Des explications ont été fournies. Arthur s'est mis en colère et a commencé à proférer des jurons. Il a refusé de laisser le procureur et le détective prendre les deux boîtes de vêtements contrefaits qu'ils pouvaient voir. Il refusait de les laisser perquisitionner dans le magasin et de leur donner des renseignements au sujet de la provenance des vêtements. Il leur a «montré» la porte et a jeté les documents Anton Pillar dehors derrière eux dans une flaque d'eau. Il a verrouillé la porte et a éteint les lumières. Le détective est allé à l'arrière du magasin et a vu Tom Ashby qui sortait avec deux grosses boîtes. En voyant le détective, Tom est rentré dans le magasin. Le procureur des demandereses a ramassé les documents Anton Pillar dans la flaque d'eau et les a rapportés à son bureau.

Moyens de défense invoqués par Arthur Ashby

Comme nous l'avons signalé, la Cour a ordonné à Arthur Ashby d'exposer les raisons pour lesquelles il ne devrait pas être déclaré coupable d'outrage au tribunal pour avoir refusé d'obtempérer aux deux ordonnances Anton Pillar du 30 octobre 1989 et aux deux injonctions interlocutoires du 8 janvier 1990. Ces ordonnances de justification ont été prononcées le 9 avril 1990. Par la suite, la Cour lui a ordonné, aux termes d'une ordonnance datée du 28 mai 1990, d'exposer aussi les raisons pour lesquelles il ne devrait pas être déclaré coupable d'outrage au tribunal pour avoir désobéi à l'injonction interlocutoire du 26 juillet 1988 se rapportant aux vêtements contrefaits «Hugo Boss».

L'avocat d'Arthur Ashby prétend qu'on ne peut régulièrement examiner à cette étape-ci la question du présumé refus de son client d'obtempérer à l'ordonnance du 26 juillet 1988, parce que l'ordonnance de justification du 28 mai 1990 n'a jamais été signifiée à personne au défendeur. Après que le juge en chef adjoint eut prononcé l'ordonnance de justification le 28 mai 1990, l'avocat des demandereses en a fait signifier une copie à l'avocat d'Arthur Ashby. On l'a informé que l'avocat

server attempted, four times thereafter, to personally serve Mr. Ashby but was unsuccessful. The documents were eventually left with Tom Ashby at the business premises of A-Jay Enterprises.

Counsel for the defendant argues that Rule 355 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663] requires personal service and since there was no personal service of the show cause order of May 28, 1990, the acts of contempt alleged in that order (relating to the July 26, 1988 interlocutory injunction) could not be proceeded with. He argues that the contempt process is quasi-criminal and therefore the procedural rules, especially those respecting personal service, must be strictly obeyed. I agreed to reserve judgment on this issue until the end of the hearing. The fact situation which underlies the contempt alleged concerning the July 26, 1988 order is identical to that which underlies the contempt alleged with respect to the other four orders. In such circumstances, there can be no prejudice visited upon the defendant, Arthur Ashby, as a result of reserving a decision on the issue of service until after the plaintiffs evidence is heard.

Counsel for Arthur Ashby argues that that defendant cannot be held in breach of the injunction orders of January 8, 1990 because he was not named in them, nor did he sell the merchandise. Counsel argues that Arthur Ashby cannot be held in breach of the Anton Pillar orders of October 30, 1989 because he was never served with these orders. This lack of service arises, it is argued, because the documents were handed to Tom Ashby and only one set of documents was served.

Service of May 28, 1990 Show Cause Order

With respect to the service of the May 28, 1990 show cause order alleging contempt of the July 26, 1988 interlocutory injunction order, Rule 355(4) provides:

n'était pas autorisé à accepter la signification de ce document. Un huissier a par la suite essayé sans succès à quatre reprises de signifier le document à personne à M. Ashby. On a finalement laissé les documents à Tom Ashby à l'établissement commercial de A-Jay Enterprises.

L'avocat du défendeur prétend que la Règle 355 [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663] exige que la signification soit faite à personne et que comme il n'y a pas eu signification à personne de l'ordonnance de justification du 28 mai 1990, il était impossible de poursuivre le défendeur pour les actes de désobéissance allégués dans cette ordonnance (se rapportant à l'injonction interlocutoire du 26 juillet 1988). Il soutient que les mesures pour outrage sont quasi criminelles et qu'en conséquence, on doit observer strictement les règles de procédure, spécialement celles concernant la signification à personne. J'ai convenu de remettre le prononcé de ma décision sur cette question à la fin de l'audience. La situation factuelle à la base du présumé refus d'obtempérer à l'ordonnance du 26 juillet 1988 est identique à celle qui sous-tend le présumé refus d'obtempérer aux quatre autres ordonnances. Dans ces conditions, le fait de remettre le prononcé de ma décision sur la question de la signification jusqu'à ce que la preuve des demanderesse ait été entendue ne saurait causer un préjudice au défendeur Arthur Ashby.

L'avocat d'Arthur Ashby prétend qu'on ne peut déclarer le défendeur coupable d'avoir refusé d'obtempérer aux injonctions du 8 janvier 1990 parce qu'il n'y était pas nommé et parce qu'il n'a pas vendu les articles. L'avocat allègue qu'on ne peut déclarer Arthur Ashby coupable d'avoir désobéi aux ordonnances Anton Pillar du 30 octobre 1989, parce qu'il n'en a jamais reçu signification. Cette absence de signification s'expliquerait par le fait que les documents ont été remis à Tom Ashby et qu'on a signifié seulement une série de documents.

Signification de l'ordonnance de justification du 28 mai 1990

En ce qui concerne la signification de l'ordonnance de justification du 28 mai 1990 dans laquelle il est allégué qu'on a désobéi à l'injonction interlocutoire du 26 juillet 1988, la Règle 355(4) dispose:

Rule 355. . . .

(4) No one may be condemned for contempt of court committed out of the presence of the judge, unless he has been served with a show cause order ordering him to appear before the Court, on the day and at the hour fixed to hear proof of the acts with which he is charged and to urge any grounds of defence that he may have. The show cause order . . . must be served personally, unless for valid reasons another mode of service is authorized. [Underlining added.]

There was no personal service of the show cause order of May 28, 1990. An attempt was made to serve Arthur Ashby's solicitor; that service was refused. A process server tried on four occasions subsequent thereto to serve Mr. Ashby but was unsuccessful. Mr. Ashby was clearly evading service. The documents were finally left at Mr. Ashby's business premises with his son Tom. Mr. Ashby suffers no prejudice by being expected to answer the charge of contempt alleged with respect to the July 26, 1988 order at the same time as he is required to answer those alleged with respect to the other four charges, for which show cause orders have been personally served. The same facts underlie all five orders.

Contempt charges are quasi-criminal. The consequences are grave. An alleged contemtor faces the possibility of incarceration. Therefore, there is a requirement of strict compliance with the applicable rules, see *Beloit Can. Ltée/Ltd. v. Valmet Oy* (1988), 18 C.I.P.R. 1 (F.C.A.) at pages 20 and 21. At the same time, the general purpose of the Court's contempt power is to ensure the smooth functioning of the judicial process. (*Baxter Travenol Laboratories of Canada Ltd. et al. v. Cutter (Canada), Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 388. In addition, Rule 2(2) of the *Federal Court Rules* sets out principles which are to govern the interpretation of those Rules:

Rule 2. . . .

(2) These Rules are intended to render effective the substantive law and to ensure that it is carried out; and they are to be so interpreted and applied as to facilitate rather than to delay or to end prematurely the normal advancement of cases. [Underlining added.]

If the alleged breach of the July 26, 1988 order is not dealt with as part of the present proceedings, it will be necessary to hold a second hearing at which time the identical evidence to that adduced before me will be called. The only reason for such second

Règle 355. . . .

(4) Une personne ne peut être condamnée pour outrage au tribunal commis hors de la présence du juge que s'il lui a été signifié une ordonnance de justification lui enjoignant de comparaître devant la Cour, au jour et à l'heure fixés pour entendre la preuve des actes dont il [sic] est accusé et pour présenter, le cas échéant, sa défense en exposant les raisons de sa conduite. Cette ordonnance [...] doit obligatoirement être signifiée à personne, à moins qu'un autre mode de signification ne soit autorisé pour des raisons valables. [C'est moi qui souligne.]

Il n'y a pas eu signification à personne de l'ordonnance du 28 mai 1990. On a tenté de signifier l'ordonnance au procureur d'Arthur Ashby; cette signification a été refusée. Un huissier a par la suite tenté sans succès à quatre reprises de signifier l'ordonnance à M. Ashby. De toute évidence, M. Ashby se soustrayait à la signification. Les documents ont finalement été laissés à l'établissement commercial de M. Ashby, à son fils Tom. En lui demandant de répondre à la fois à l'accusation d'avoir désobéi à l'ordonnance du 26 juillet 1988 et aux accusations d'avoir désobéi aux quatre autres ordonnances pour lesquelles des ordonnances de justification lui ont été signifiées à personne, on ne cause aucun préjudice à M. Ashby. Les mêmes faits sont à la base des cinq ordonnances.

Les accusations d'outrage au tribunal sont quasi criminelles. Les conséquences sont graves. L'auteur présumé d'un outrage au tribunal s'expose à l'incarcération. En conséquence, les règles applicables doivent être strictement observées (voir *Beloit Can. Ltée/Ltd. c. Valmet Oy* (1988), 18 C.I.P.R. 1 (C.A.F.), aux pages 20 et 21). Par ailleurs, les pouvoirs de la Cour en matière d'outrage ont pour but général d'assurer le fonctionnement harmonieux de la justice (*Baxter Travenol Laboratories of Canada Ltd. et autres c. Cutter (Canada), Ltd.*, [1983] 2 R.C.S. 388). De surcroît, la Règle 2(2) des *Règles de la Cour fédérale* énonce les principes qui régissent l'interprétation de ces Règles:

Règle 2. . . .

(2) Les présentes Règles visent à faire apparaître le droit et en assurer la sanction; elles doivent s'interpréter les unes par les autres et autant que possible faciliter la marche normale des procès plutôt que la retarder ou y mettre fin prématurément. [C'est moi qui souligne.]

Si le présumé refus d'obtempérer à l'ordonnance du 26 juillet 1988 n'est pas examiné dans le cadre de la présente instance, il sera nécessaire de tenir une seconde audience au cours de laquelle on présentera les mêmes éléments de preuve que ceux

hearing would be the alleged defect in service on Arthur Ashby who was present throughout the hearing of all the relevant evidence which pertains to the alleged breach of the July 26, 1988 order.

In this context the question that I must ask myself is whether the authority given to a judge, pursuant to Rule 355(4), to authorize “another mode of service” (*un autre mode de signification*) can only be exercised prior to the hearing of the contempt charged or whether it can also be exercised coincident therewith.

There is no doubt that in the circumstances of this case, had an application been made, prior to the hearing, to authorize service by leaving the documentation at the business premises of Arthur Ashby, or by delivering such to his solicitor, that application would have been granted. Also, it is useful to quote from Louisell and Hazard in their *Cases and Materials on Pleadings and Procedure*, at page 409:

The spectre of the defendant locking himself in his house and slinking and dodging when out in public places, all in an effort (sometimes successful) to evade the actual touch of the process server, seems too much for a civilized adult society to abide. It appears never to have occurred to the courts to tell such a defendant that he is personally served when summons is so deposited that with any efforts but evasive ones he could receive it. Why should the sovereign's command be so lightly treated?

Indeed, the jurisprudence, in related areas, reveals that where there is no evidence of prejudice to the respondent (defendant), a case will not be set aside simply because the rules of service have not been formally complied with. For example, see *King v. Kokot* (1980), 31 O.R. (2d) 461 (H.C.). Similarly persons who voluntarily appear are held not entitled to rely on defective service. These results are entirely consonant with the purpose for which personal service is required. In *Hope v. Hope* (1854), 43 E.R. 534 (Ch.D.) at pages 539 and 540, the underlying principle was expressed as follows:

qui m'ont été soumis. La seule raison justifiant la tenue de cette seconde audience serait le vice qui entacherait la signification faite à Arthur Ashby, qui était présent pendant toute la durée de l'audition de tous les éléments de preuve se rapportant au présumé refus d'obtempérer à l'ordonnance du 26 juillet 1988.

Dans ce contexte, la question que je dois me poser est celle de savoir si le pouvoir accordé au juge, en vertu de la Règle 355(4), d'autoriser «un autre mode de signification» (*another mode of service*) ne peut être exercé qu'avant l'audience relative à l'accusation d'outrage au tribunal ou s'il peut également être exercé en même temps que cette audience.

Il n'y a pas de doute qu'eu égard aux circonstances de la présente affaire, si une demande avait été présentée, avant l'audience, en vue d'obtenir l'autorisation de signifier les documents en les laissant aux locaux commerciaux d'Arthur Ashby ou en les remettant à son procureur, cette demande aurait été accueillie. De plus, il est utile de citer les propos suivants de Louisell et Hazard tirés de leur ouvrage *Cases and Materials on Pleadings and Procedure*, à la page 409:

[TRADUCTION] L'hypothèse du défendeur qui s'enferme chez lui et qui s'éclipse et s'esquive lorsqu'il se trouve à l'extérieur dans des lieux publics, le tout pour essayer (parfois avec succès) de se soustraire au contact physique de l'huissier, semble trop exagérée pour qu'une société adulte et civilisée l'accepte. Il semble que les tribunaux n'ont jamais pensé de dire à ce défendeur qu'il fait l'objet d'une signification à personne lorsque l'assignation lui est remise de telle manière que seules les manœuvres d'évitement pourraient faire échec à la signification. Pourquoi un ordre émanant du Souverain devrait-il être traité à ce point à la légère?

De fait, dans des domaines connexes, la jurisprudence nous enseigne que lorsque rien ne permet de penser que l'intimé (défendeur) subira un préjudice, le tribunal refusera de rejeter une demande au simple motif que les règles de la signification n'ont pas été strictement observées (voir, par exemple, l'arrêt *King v. Kokot* (1980), 31 O.R. (2d) 461 (H.C.)). Dans le même ordre d'idées, il a été jugé que les personnes qui comparaissent de leur plein gré sont irrecevables à invoquer une signification viciée. Ces solutions s'accordent parfaitement avec le but dans lequel la signification à personne est exigée. Dans le jugement *Hope v. Hope* (1854), 43 E.R. 534 (Ch.D.), aux pages 539 et 540, le principe sous-jacent a été exprimé dans les termes suivants:

The object of all service is of course only to give notice to the party on whom it is made, so that he may be made aware of and may be able to resist that which is sought against him; and when that has been substantially done, so that the Court may feel perfectly confident that service has reached him, everything has been done that is required.

In later years, Hogg J.A. stated in *Re Avery*, [1952] O.R. 192 (C.A.) at page 199:

Personal service has been said to be service made by delivering the process into the defendant's hands or by seeing him and bringing the process to his notice.

Modern cases stress that the question of whether the purpose of giving notice to the person being served has been achieved is the relevant question. In *Re Consiglio et al.*, [1971] 3 O.R. 798 (M.C.) the process server left the document with a non-party, and this subsequently came to the knowledge of the party to be served. In that case the Court held that personal service was satisfied if it appeared that the document came to the knowledge or into the possession of the person to be served either directly or indirectly from a third party. Then, in *Rupertsland Mtge. Invt. Ltd. v. City of Winnipeg* (1981), 23 C.P.C. 208 (Man. Co. Ct.), the wife of director was served and she subsequently delivered the documents to her husband. It was held that personal service on the husband was effected. The case stated that personal service will be effected if it can be shown that the person to be served actually received the document and was apprised of the contents whether directly or through an intermediary. The case also noted that the whole purpose of service is to apprise and give a party notice of proceedings intended to be taken against him, and if that object has been satisfied, and the process has actually reached the party, the precise manner in which that has occurred should not be of concern. It is clear, in this case, that the existence of the contempt charged with respect to the breach of the July 26, 1988 order must have been within the knowledge of Arthur Ashby—how could his solicitor have received instructions not to accept service of the relevant documentation if this were not so?

[TRADUCTION] Toute signification ne vise évidemment qu'à aviser la personne à qui elle est donnée, afin de l'informer des conclusions formulées contre elle et à s'assurer qu'elle soit en mesure de les contester. Lorsque l'essentiel de ces formalités a été entièrement respecté de sorte que le tribunal est convaincu que les documents ont effectivement été signifiés à la personne en question, toutes les conditions prévues sont respectées.

Plus tard, le juge d'appel Hogg a déclaré, dans l'arrêt *Re Avery*, [1952] O.R. 192 (C.A.), à la page 199:

[TRADUCTION] On a dit que la signification à personne consistait à remettre l'acte de procédure au défendeur lui-même ou à le rencontrer et à l'aviser de la teneur de l'acte en question.

Dans les décisions récentes, les tribunaux soulignent que la question pertinente à se poser est celle de savoir si l'on a atteint le but visé par la notification de l'acte de procédure au destinataire. Dans l'affaire *Re Consiglio et al.*, [1971] 3 O.R. 798 (C.M.), l'huissier a laissé le document à un tiers, et la personne à qui le document devait être signifié en a par la suite pris connaissance. Dans cette affaire, le tribunal a statué que les exigences de la signification à personne étaient respectées s'il semblait que le destinataire du document était mis au courant ou en possession de ce document directement ou indirectement par un tiers. Par la suite, dans l'affaire *Rupertsland Mtge. Invt. Ltd. v. City of Winnipeg* (1981), 23 C.P.C. 208 (C. cté Man.), l'épouse d'un administrateur a reçu signification des documents et elles les a ensuite remis à son mari. La signification a été réputée avoir été faite à personne au mari. Le tribunal a déclaré qu'il y a signification à personne si l'on peut démontrer que la personne à qui la signification doit être faite a effectivement reçu le document et a été mise au courant de son contenu soit directement, soit par le truchement d'un intermédiaire. Le tribunal a également fait observer que le but de la signification consiste à mettre une personne au courant des poursuites qu'on a l'intention d'intenter contre elle et de l'en aviser, et que si cet objectif est atteint et que l'acte de procédure a effectivement atteint la personne, on ne devrait pas se préoccuper de la façon exacte dont cela s'est produit. En l'espèce, il est évident qu'Arthur Ashby devait être au courant de l'existence de l'outrage dont on l'accusait à l'égard du refus d'obtempérer à l'ordonnance du 26 juillet 1988—comment son procureur aurait-il pu recevoir pour instructions de ne pas accepter la signification des documents pertinents s'il n'en était pas ainsi?

As has been noted, the issue before me is the proper interpretation of Rule 355(4) and particularly whether I may authorize, at this time, something less than personal service as being sufficient. I have come to the conclusion that Rule 355(4) does not demand that the authorization of another mode of service must occur before the hearing of the contempt charged. To require such, in circumstances such as exist in this case, would flout the purposes set out in Rule 2(2). The consequences would be that another hearing would have to be held, with all the attendant costs for all parties and for the Court, to address exactly the same evidence which is already before the Court. In the circumstances of this case, either notice to the solicitor or the leaving of the documentation at Mr. Ashby's business premises would constitute sufficient service had approval of such been obtained prior to the hearing. I think it would be a breach of the spirit and principles of Rule 2(2) were Rule 355(4) not interpreted to allow authorization of such service to take place coincident upon the hearing of the contempt charged as well as at some prior time. Accordingly in my view, the defendant was in this case properly served.

Mr. Ashby was in Court during the whole of the proceedings of June 6, 1990 which dealt with the contempts alleged to have arisen out of the events of March 30, 1990 at the Wings Road premises of A-Jay Enterprises. Arthur Ashby, offered no evidence to explain or negate any of the evidence adduced by the plaintiffs concerning the events of March 30, 1990. That stance was taken in the context of my reservation of a decision on the appropriateness of the service of the May 28, 1990 order. Accordingly, the defendant's decision in that regard cannot be taken as necessarily applicable to the alleged breach of the July 26, 1988 order. The defendant, Arthur Ashby, will be given two weeks from the date of this order to indicate, through his counsel, whether he wishes to adduce evidence to answer that which is on the record against him.

Comme je l'ai signalé, la question litigieuse dont je suis saisi porte sur l'interprétation exacte de la Règle 355(4), et particulièrement sur la question de savoir si je peux autoriser, à cette étape-ci, un mode de signification moins exigeant que la signification à personne au motif qu'il est suffisant. J'en suis venu à la conclusion que la Règle 355(4) n'exige pas que l'autorisation d'un autre mode de signification soit donnée avant l'audition des accusations d'outrage. Dans des circonstances comme celles qui existent dans le cas qui nous occupe, une telle exigence ferait fi des objets énoncés à la Règle 2(2). Il s'ensuivrait qu'il faudrait tenir une autre audience, avec tous les frais que cela comporterait pour les parties et pour la Cour, pour examiner exactement les mêmes éléments de preuve que ceux qui ont déjà été portés à la connaissance de la Cour. Dans les circonstances de la présente affaire, aviser le procureur ou laisser les documents à l'établissement commercial de M. Ashby constituerait une signification suffisante si l'autorisation en avait été obtenue avant l'audience. J'estime qu'on porterait atteinte à l'esprit et aux principes de la Règle 2(2) si l'on n'interprétait pas la Règle 355(4) de manière à permettre que l'autorisation de ce mode de signification soit donnée aussi bien simultanément avec l'audition des accusations d'outrage qu'avant cette audition. En conséquence, je suis d'avis qu'en l'espèce le défendeur a régulièrement reçu signification des documents.

M. Ashby a assisté à toute la séance du 6 juin 1990 au cours de laquelle a été examiné l'outrage au tribunal qui découlerait des événements qui se sont produits le 30 mars 1990 aux locaux de Wings Road de A-Jay Enterprises. Arthur Ashby n'a offert aucune preuve pour expliquer ou nier l'un ou l'autre des éléments de preuve présentés par les demandresses au sujet des événements du 30 mars 1990. Cette position a été adoptée dans le contexte de ma décision de remettre le prononcé de mon jugement sur la validité de la signification de l'ordonnance du 28 mai 1990. En conséquence, la décision prise par le défendeur à cet égard ne saurait être considérée comme s'appliquant nécessairement au présumé refus d'obtempérer à l'ordonnance du 26 juillet 1988. Le défendeur Arthur Ashby devra, dans les semaines de la date de la présente ordonnance, indiquer, par la voix de son avocat, s'il désire présenter des éléments de preuve pour répondre aux accusations portées contre lui.

January 9, 1990—Interlocutory Injunction Orders

With respect to the alleged contempt of the two January 9, 1990 orders, I have considered whether Arthur Ashby was in contempt of those orders even though he was not named in them. (He was named in the style of cause although not in the body of the order.) Arthur Ashby aided and abetted the breach by Tom Ashby. It is clear that the father carried on business as A-Jay Enterprise. It was the father who arranged for the supply of counterfeit garments. The father was present during the sale of the counterfeit sweatshirts on March 30, 1990. He was present during the discussion of future sales of counterfeit T-shirts and of sales in bulk. He knew of the injunction orders prohibiting the sale of that merchandise. He knew that both he and his sons had been prohibited from selling, offering for sale or otherwise distributing such merchandise. Indeed, the evidence makes it clear that he was the motivating force behind his sons' activity.

It is clear that a person who is not named as a party in an order can be guilty of contempt for aiding and abetting a breach of that order. This was firmly established in *Seaward v. Paterson*, [1897] 1 Ch. 545 (C.A.). The Court of Appeal, held, at page 554, that the jurisdiction the Court has to make a contempt order against a third party is based on the premise that:

He is bound, like other members of the public, not to interfere with, and not to obstruct, the course of justice; and the case, if any, made against him must be this—not that he has technically infringed the injunction, which was not granted against him in any sense of the word, but that he has been aiding and abetting others in setting the Court at defiance, and deliberately treating the order of the Court as unworthy of notice.

The Supreme Court of Canada in *dicta*, in *T Poje v. A. G. for British Columbia*, [1953] 1 S.C.R. 516 at pages 518-519, adopted the rationale of the *Seaward* decision. The Court referred to the difference between actual breach of an injunction and actions which amount to an obstruction of justice in contempt cases. See also *Baxter Travenol Laboratories of Canada Ltd. et al. v. Cutter*

Les injonctions interlocutoires du 9 janvier 1990

En ce qui concerne le présumé refus d'obtempérer aux deux ordonnances du 9 janvier 1990, j'ai examiné la question de savoir si Arthur Ashby s'était rendu coupable d'outrage au tribunal pour avoir refusé d'obtempérer à ces ordonnances, même s'il n'y est pas nommément désigné (son nom figure dans l'intitulé de la cause, mais non dans le dispositif de l'ordonnance). Arthur Ashby s'est fait le complice du refus de Tom Ashby d'obtempérer aux ordonnances. Il est acquis que le père faisait affaire sous la raison sociale de A-Jay Enterprises. C'est le père qui s'occupait d'obtenir les vêtements contrefaits. Le père était présent au moment de la vente des pulls d'entraînement qui a eu lieu le 30 mars 1990. Il a assisté à la discussion au cours de laquelle l'éventuelle vente de tee-shirts contrefaits et les ventes en grosses quantités ont été abordées. Il était au courant de l'existence des injonctions interdisant la vente de ces articles. Il savait qu'il était interdit à lui-même et à ses fils de vendre, d'offrir en vente ou de distribuer les articles en question. De fait, la preuve démontre à l'évidence que c'est lui qui poussait son fils à agir.

Il est de jurisprudence constante qu'une personne qui n'est pas nommément désignée comme partie dans une ordonnance peut se rendre coupable d'outrage au tribunal si elle s'est faite le complice d'un refus d'obtempérer à cette ordonnance. Ce principe a été fermement établi dans l'arrêt *Seaward v. Paterson*, [1897] 1 Ch. 545 (C.A.). La Cour d'appel a statué, à la page 554, que le pouvoir que possède la Cour de condamner un tiers pour outrage au tribunal repose sur le principe que:

[TRADUCTION] Il est tenu, comme les autres citoyens, de ne pas entraver ou gêner le cours de la justice et ce dont on doit, le cas échéant, l'accuser, ce n'est pas d'avoir formellement violé l'injonction, qui n'a aucunement été prononcée contre lui, mais d'avoir aidé et incité d'autres personnes à défier la Cour et d'avoir délibérément incité autrui à considérer l'ordonnance de la Cour comme indigne d'attention.

Dans une remarque incidente, la Cour suprême du Canada a adopté, dans l'arrêt *T Poje v. A. G. for British Columbia*, [1953] 1 S.C.R. 516, aux pages 518 et 519, le raisonnement suivi dans l'arrêt *Seaward*. La Cour a signalé la différence qui existe, en matière d'outrage au tribunal, entre la désobéissance effective à une injonction et ce qui constitue une entrave à la justice (voir également

(*Canada*), *Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 388 for a case where someone not actually bound by an injunction was held to be guilty of contempt on the ground that the actions of that person constituted an interference with the orderly administration of justice and the impairment of an order of the Court. See also *Re Gaglardi* (1960), 27 D.L.R. (2d) 281 (B.C.C.A.); *Beloit Can. Ltée/Ltd. v. Valmet Oy* (1988), 18 C.I.P.R. 1 (F.C.A.); *Profekta International Inc. v. Pearl Video Ltd.* (1987), 16 C.I.P.R. 193 (F.C.T.D.).

At the same time, counsel did not raise an argument before me that Arthur Ashby was guilty of contempt of the January 8, 1990 orders by virtue of activity which aided and abetted Tom Ashby's breaches of those orders. It may be that the wording of the show cause orders of April 9, 1990 does not bear this argument. In any event, since that argument was not raised, I do not think I should rely on it. In the absence of a finding that Arthur Ashby is in contempt because he aided and abetted his son, Tom, in the breaches of the relevant orders, I do not think Arthur Ashby can be found in contempt of the orders of January 8, 1990. These were issued against his sons. Those expressly naming the father had been issued, as indicated, at an earlier period of time.

October 30, 1989—Anton Pillar Orders

With respect to the Anton Pillar orders of October 30, 1989, the defence of Arthur Ashby is an artificial and unpersuasive one. This is a situation in which knowledge of the order which is breached is sufficient to found a charge of contempt. See, for example, *Apple Computer, Inc. v. Minitronics of Canada Ltd.*, [1988] 2 F.C. 265 (T.D.); and *Di Giacomo v. Di Giacomo Canada Inc.* (1988), 20 C.P.R. (3d) 251 (Ont. H.C.). Personal service by handing a document to Arthur Ashby is not necessary. This is especially so when the circumstances make it abundantly clear that his attitude was such that he was not prepared, in any event, to obey the orders of the Court. The handing over of a second set of documents would have been futile. Accordingly, Arthur Ashby is found to have been

l'arrêt *Baxter Travenol Laboratories of Canada Ltd. et autres c. Cutter (Canada), Ltd.*, [1983] 2 R.C.S. 388 pour une affaire dans laquelle une personne qui n'était pas liée par une injonction a été déclarée coupable d'outrage au tribunal parce qu'elle avait agi de façon à gêner la bonne administration de la justice ou à porter atteinte à une ordonnance de la Cour; voir aussi l'arrêt *Re Gaglardi* (1960), 27 D.L.R. (2d) 281 (C.A.C.-B.), l'arrêt *Beloit Can. Ltée./Ltd. c. Valmet Oy* (1988), 18 C.T.P.R. 1 (C.A.F.) et le jugement *Profekta International Inc. c. Pearl Video Ltd.* (1987), 16 C.I.P.R. 193 (C.F. 1^{re} inst.).

Par ailleurs, l'avocat n'a pas allégué devant moi qu'Arthur Ashby s'était rendu coupable d'avoir refusé d'obtempérer aux ordonnances du 8 janvier 1990 en raison d'actes qui auraient aidé et incité Tom Ashby à désobéir à ces ordonnances. Il se peut que le libellé des ordonnances de justification du 9 avril 1990 n'appuie pas ce moyen. De toute façon, comme il n'a pas été invoqué, je ne crois pas que je devrais me fonder sur ce moyen. Étant donné que je n'ai pas conclu qu'Arthur Ashby était coupable d'un outrage au tribunal pour s'être fait le complice du refus de son fils Tom d'obtempérer aux ordonnances pertinentes, je ne crois pas qu'on puisse déclarer Arthur Ashby coupable d'avoir désobéi aux ordonnances du 8 janvier 1990. Ces ordonnances ont été prononcées contre ses fils. Les ordonnances dans lesquelles le père était nommément désigné ont été prononcées, comme je l'ai déjà dit, antérieurement.

Les ordonnances Anton Pillar du 30 octobre 1989

En ce qui concerne les ordonnances Anton Pillar du 30 octobre 1989, le moyen de défense invoqué par Arthur Ashby est artificiel et peu convaincant. Il s'agit d'une situation dans laquelle la connaissance de l'ordonnance à laquelle on a refusé d'obtempérer est suffisante pour étayer une accusation d'outrage au tribunal (voir, par exemple, *Apple Computer, Inc. c. Minitronics of Canada Ltd.*, [1988] 2 C.F. 265 (1^{re} inst.) et *Di Giacomo v. Di Giacomo Canada Inc.* (1988), 20 C.P.R. (3d) 251 (H.C. Ont.). Il n'était pas nécessaire de signifier le document à personne à Arthur Ashby en le lui remettant en mains propres, d'autant plus qu'il ressort à l'évidence des circonstances de l'espèce qu'il n'était pas disposé, de toute façon, à obéir aux ordres de la Cour. La remise d'une seconde série

in contempt of the two Anton Pillar orders of October 30, 1989.

Penalty

I was referred to *Hugo Boss v. Brunswick et al.* (T-1436-87, September 14, 1987) where a fine of \$1,000 plus costs of \$1,500 was ordered to be paid. I was referred to *Guccio Gucci v. Cebuchier et al.* (T-408-88, January 15, 1990) where a fine of \$2,500 was imposed together with costs of \$1,000. I was referred to *Montres Rolex S.A. et al. v. Herson et al.* (1987), 15 C.P.R. (3d) 368 (F.C.T.D.) where a fine of \$2,000 was imposed and *Guccio Gucci S.p.A. v. Silvert* (1988), 18 C.I.P.R. 274 (F.C.T.D.) where, on a second offence, a fine of \$5,000 plus \$2,000 in costs was imposed.

The offences in the present case demonstrate a blatant disregard for the rights of others and for the orders of this Court. The defendants would be outraged if someone broke into their homes or business premises and stole goods from them. Yet, they have no compunction about stealing from others. They may not equate their activity of trading on the trade marks and trade names of others as theft, but such it is. It is merely a different kind of property right which is being stolen. It is clear that Arthur Ashby carries a heavier responsibility than his son and consequently the penalties imposed, per offence, should be proportionally higher. Counsel for the plaintiffs suggested that penalties for each offence on each file should be imposed separately. I agree that that is appropriate.

ORDER

A fine of \$1,500 for each offence committed by Tom Ashby will be imposed (a total of \$6,000). Arthur Ashby will pay a fine of \$3,000 for each offence committed by him in breach of the orders of October 30, 1989 (a total of \$6,000 referable to the October 30, 1989 orders). In addition, the defendants shall pay to the plaintiffs the costs of this action on a solicitor-client basis fixed at

de documents aurait été inutile. En conséquence, la Cour déclare Arthur Ashby coupable d'avoir refusé d'obtempérer aux deux ordonnances Anton Pillar du 30 octobre 1989.

^a Peine

On m'a cité le jugement *Hugo Boss c. Brunswick et autres* (T-1436-87, 14 septembre 1987), dans lequel la Cour a ordonné le paiement d'une amende de 1 000 \$ et de frais de 1 500 \$. On m'a cité le jugement *Guccio Gucci c. Cebuchier et autres* (T-408-88, 15 janvier 1990), dans lequel la Cour a infligé une amende de 2 500 \$ et des frais de 1 000 \$. On m'a cité le jugement *Montres Rolex S.A. et autres c. Herson et autres* (1987), 15 C.P.R. (3d) 368 (C.F. 1^{re} inst.), dans lequel une amende de 2 000 \$ a été appliquée, et le jugement *Guccio Gucci S.p.A. c. Silvert* (1988), 18 C.I.P.R. 274 (C.F. 1^{re} inst.), dans lequel, dans le cas d'une seconde infraction, la Cour a infligé une amende de 5 000 \$ et des frais de 2 000 \$.

Les infractions commises en l'espèce révèlent un mépris flagrant des droits des autres et des ordonnances de notre Cour. Les défendeurs trouveraient monstrueux que quelqu'un entre par effraction dans leur domicile ou leur commerce et y vole leurs biens. Pourtant, ils n'ont aucun scrupule à voler le bien d'autrui. Ils ne considèrent peut-être pas comme du vol le fait de tirer profit des marques de commerce et des noms commerciaux d'autrui, mais c'est bien ce dont il s'agit. Le droit de propriété qui est volé est tout simplement différent. Il est évident qu'Arthur Ashby porte une responsabilité plus lourde que son fils et, en conséquence, les peines infligées pour chaque infraction devraient être proportionnellement plus lourdes. L'avocat des demanderesse s'est dit d'avis que les peines infligées pour chaque infraction dans chaque dossier devaient être infligées séparément. Je conviens qu'il s'agit d'une solution appropriée.

DISPOSITIF

La Cour condamne Tom Ashby à une amende de 1 500 \$ pour chacune des infractions qu'il a commises (pour un total de 6 000 \$). Arthur Ashby devra payer une amende de 3 000 \$ pour chacune des infractions qu'il a commises en refusant d'obtempérer aux ordonnances du 30 octobre 1989 (un total de 6 000 \$ imputable aux ordonnances du 30 octobre 1989). De plus, la Cour con-

\$2,400. Such shall be payable by the defendants in such proportion as they agree between themselves or on a fifty-fifty basis. These sums must be paid within 30 days of the date of this order. If payment of the fines and costs are not made within the 30 days, the plaintiffs or either of them may make application to commit the defendants to jail: in the case of Tom Ashby for not more than 30 days; in the case for Arthur Ashby for no more than 60 days. The defendant, Arthur Ashby, through his counsel, will notify the Court by letter addressed and delivered to the District Administrator of the Toronto Local Office as to whether he wishes to adduce evidence to respond to the evidence which has been presented with respect to the alleged breach of the July 26, 1988 order. If such letter is not received within two weeks of the date of this order, then a judgment will be rendered on the basis of the record as it stands. If Arthur Ashby wishes to present evidence, an order will issue setting a time, date and place for such hearing.

damne les défendeurs aux dépens de la présente action sur une base procureur-client, lesquels sont fixés à 2 400 \$. Les défendeurs les verseront aux demanderesse selon la proportion qu'ils conviendront ou en les partageant moitié-moitié. Ces sommes devront être réglées dans les 30 jours de la date de la présente ordonnance. En cas de défaut de paiement des amendes et des dépens dans ce délai de 30 jours, les demanderesse, ou l'une ou l'autre d'entre elles, pourront présenter une demande en vue de faire incarcérer les défendeurs, dans le cas de Tom Ashby, pour une période maximale de 30 jours, dans le cas d'Arthur Ashby, pour une période maximale de 60 jours. Par l'entremise de son avocat, le défendeur Arthur Ashby indiquera à la Cour par une lettre adressée et envoyée à l'administrateur régional du bureau local de Toronto s'il a l'intention de présenter des éléments de preuve pour répondre aux éléments de preuve qui ont été présentés au sujet de son présumé refus d'obtempérer à l'ordonnance du 26 juillet 1988. Si cette lettre n'est pas reçue dans les deux semaines de la date de la présente ordonnance, la Cour rendra un jugement à partir du dossier actuel. Si Arthur Ashby désire présenter des éléments de preuve, la Cour prononcera une ordonnance fixant la date, l'heure et le lieu de cette audience.

T-2094-89

T-2094-89

John Robert Duncan (Applicant)

v.

Minister of National Defence, Commander, Canadian Forces Europe, Base Commander, Canadian Forces Base Baden-Soellingen, Base Operations Officer, Canadian Forces Base Baden-Soellingen, Commandant, Canadian Forces Service Prison & Detention Barracks (Respondents)

INDEXED AS: DUNCAN v. CANADA (MINISTER OF NATIONAL DEFENCE) (T.D.)

Trial Division, Muldoon J.—Vancouver, March 1 and 16, 1990.

Judicial review — Prerogative writs — Prohibition — Armed Forces captain appealing dismissal of appeal from sentence imposed by military tribunal upon drive over 80 conviction — Decision-maker basing decision on subordinate's recommendation — Appellant not having direct access to decision-maker — Decision of designated authority reviewable — Right to fundamental justice including right to fair procedure and benefit of audi alteram partem denied — Procedure unconstitutional — Prohibition granted.

Armed Forces — S. 230 National Defence Act — Sentence appeal from military tribunal decision — ADM(Per) deciding appeal based on advice of subordinate, DPLS — Appellant denied direct access to ADM(Per) — Procedure unconstitutional — Fundamental justice, Charter s. 7 rights violated.

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Sentence appeal from military tribunal decision — Armed Forces captain appealing sentence: four-month prison term, dismissal from H.M. service — Having no opportunity to put case before decision-maker who relied on recommendations of subordinate — Fundamental justice denied — S. 7 Charter rights violated — S. 7 rights including right to fair procedure and fair hearing — In matter involving liberty and security both parties having right of direct access to decision-maker — Procedure not justified under Charter s. 1.

The applicant, a captain in the Canadian Armed Forces stationed at Baden-Soellingen in the Federal Republic of Germany, was charged with driving with over 80 mgs of alcohol in 100 mls. of blood, contrary to paragraph 237(1)(b) of the *Criminal Code*. He was convicted by a Standing Court Martial and sentenced to four months' imprisonment. Under the *National Defence Act*, such a sentence is deemed to include

John Robert Duncan (requérant)

c.

Le ministre de la Défense nationale, le commandant des Forces canadiennes en Europe, le commandant de la base des Forces canadiennes Baden-Soellingen, l'officier des opérations de la base des Forces canadiennes Baden-Soellingen et le commandant de la caserne de détention et prison militaire des Forces canadiennes (intimés)

RÉPERTORIÉ: DUNCAN c. CANADA (MINISTRE DE LA DÉFENSE NATIONALE) (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge Muldoon—Vancouver, 1^{er} et 16 mars 1990.

Contrôle judiciaire — Brefs de prérogative — Prohibition — Appel d'un capitaine des Forces armées du rejet de l'appel contre la sentence imposée par le tribunal militaire pour conduite d'un véhicule avec un taux d'alcoolémie dépassant 80 mg d'alcool par 100 ml de sang — La décision de l'instance décisionnelle était fondée sur la recommandation d'un subalterne — L'appellant n'a pas eu directement accès à l'instance décisionnelle — La décision de l'autorité désignée est révisable — Le droit à la justice fondamentale, y compris le droit à une procédure équitable et au bénéfice de la règle audi alteram partem, a été refusé — Procédure inconstitutionnelle — Demande de prohibition accordée.

Forces armées — Art. 230 de la Loi sur la défense nationale — Appel de la sentence imposée par le tribunal militaire — Le SMA(Per) a tranché l'appel en se fondant sur l'avis d'un subalterne, le DSJP — L'appellant s'est vu refuser l'accès direct au SMA(Per) — Procédure inconstitutionnelle — Le droit à la justice fondamentale reconnu à l'art. 7 de la Charte a été violé.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Appel de la sentence imposée par un tribunal militaire — Le capitaine des Forces armées en a appelé de sa sentence, une peine de quatre mois d'emprisonnement entraînant la destitution du service de Sa Majesté — L'appellant n'a pas eu la possibilité de présenter sa cause à l'instance décisionnelle, qui s'est fondée sur les recommandations d'un employé subalterne — Le droit à la justice fondamentale a été refusé — Les droits reconnus à l'art. 7 de la Charte ont été violés — Les droits prévus à l'art. 7 comprennent le droit à une procédure équitable et à une audience impartiale — Dans les cas touchant la liberté et la sécurité, les deux parties ont droit d'accès direct à l'instance décisionnelle — La procédure n'est pas justifiée selon l'art. 1 de la Charte.

Le requérant, capitaine des Forces armées canadiennes en poste à la base Baden-Soellingen, située dans la République fédérale d'Allemagne, a été accusé d'avoir conduit un véhicule alors que son taux d'alcoolémie dépassait 80 mg d'alcool par 100 ml de sang, en contravention de l'alinéa 237(1)(b) du *Code criminel*. Il a été reconnu coupable par une cour martiale permanente et condamné à une peine de quatre mois d'empri-

dismissal from H.M. Service. The applicant's appeal as to conviction was dismissed by the Court Martial Appeal Court of Canada and his sentence appeal, under section 230 of the Act, was dismissed by the Assistant Deputy Minister of Personnel ("ADM(Per)"), the authority designated to hear such an appeal.

This was a motion for a writ of prohibition prohibiting the carrying out of the sentence as contrary to sections 7, 9, and subsections 15(1) and 24(1) of the Charter. At issue was the fairness of the severity-of-sentence appeal procedure which was neither statutory nor prescribed in the Queen's Regulations and Orders.

The applicant argued that the procedure prevented direct access to the ADM(Per) who made his decision based upon the submissions and recommendation of his subordinate, the Director of Personnel Legal Services ("DPLS"). The applicant was not made aware of the submissions of the DPLS nor given an opportunity to answer them or to make submissions directly to the ADM(Per).

Held, a writ of prohibition should be granted.

The procedure for sentence appeals from decisions of military tribunals was unconstitutional. The ADM(Per) is a "federal board, commission or other tribunal" and the exercise of his powers were subject to review. The decision-maker accorded the applicant no opportunity to make submissions except through his subordinate and decided the sentence appeal without having considered the applicant's case. The applicant's right to fair procedure, to fundamental justice and to the benefit of *audi alteram partem* had been denied. His rights under Charter section 7 were violated. The respondents failed to demonstrate any Charter section 1 justification of the procedure. In a serious matter involving the liberty and security of the person, both parties have the right to direct access to the mind or conscious understanding of the decision-maker. An individual subject to penal consequences such as imprisonment is entitled to the highest procedural protection known to the law.

In this case an oral hearing was not strictly necessary if the applicant's submissions could have been laid before the ADM(Per) after counsel had an opportunity to review what the DPLS had submitted.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Bill of Rights, R.S.C., 1985, Appendix III, s. 2(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, 7, 11(f),(h), 15, 33.

Constitution Act, 1982, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No.

sonnement. Selon la *Loi sur la défense nationale*, cette peine comprend également la destitution du service de Sa Majesté. La Cour d'appel de la cour martiale du Canada a rejeté l'appel que le requérant avait interjeté à l'égard de sa déclaration de culpabilité et le sous-ministre adjoint du personnel («SMA (Per)»), l'autorité désignée pour entendre cet appel, a rejeté l'appel de la sentence du requérant qui était fondé sur l'article 230 de la Loi.

Il s'agissait, en l'espèce, d'une demande de bref de prohibition en vue d'interdire l'exécution de la sentence, pour le motif qu'elle est contraire aux articles 7 et 9 et aux paragraphes 15(1) et 24(1) de la Charte. Le litige portait sur l'équité de la procédure relative aux appels de la sévérité de la sentence, qui n'était pas prescrite dans une loi ou dans les Ordonnances et Règlements royaux.

Le requérant a soutenu que la procédure a eu pour effet de lui interdire l'accès direct au SMA(Per), qui a pris sa décision en se fondant sur les arguments et les recommandations de son subalterne, le directeur des services juridiques du personnel («DSJP»). Le requérant n'a pas été mis au courant des arguments soumis par le DSJP et n'a pas eu la possibilité d'y répondre ou de soumettre des arguments directement au SMA (Per).

Jugement: un bref de prohibition devrait être délivré.

La procédure relative aux appels des sentences prononcées par les tribunaux militaires est inconstitutionnelle. Le SMA (Per) est un «office, une commission ou un autre tribunal fédéral» et l'exercice de ses pouvoirs peut faire l'objet d'une révision. L'instance décisionnelle n'a accordé au requérant aucune possibilité de soumettre des arguments, si ce n'est par l'entremise de son subalterne, et elle a tranché l'appel de la sentence sans avoir examiné la cause du requérant. Le droit du requérant à une procédure équitable, à la justice fondamentale et au bénéfice de la règle *audi alteram partem* a été nié. Ses droits qui découlent de l'article 7 de la Charte ont été violés. Les intimés n'ont démontré aucune justification de la procédure qui pourrait être fondée sur l'article 1 de la Charte. Dans une situation grave touchant la liberté et la sécurité des personnes, les deux parties ont le droit d'avoir directement accès à l'esprit et à la compréhension de l'instance décisionnelle. Une personne pouvant faire l'objet de sanctions comme l'emprisonnement a droit à la meilleure protection qu'offre notre droit en matière de procédure.

En l'espèce, une audience verbale n'était pas strictement nécessaire, dans la mesure où le requérant aurait pu soumettre ses arguments directement au SMA(Per), une fois que son avocat aurait eu la possibilité d'examiner les documents préparés par le DSJP.

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, 2, 7, 11(f),h), 15, 33.

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 237(1)a) (mod. par S.C. 1985, chap. 19, art. 36),b) (mod., idem).

44], s. 52(1).

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 237(1)(a) (as am. by S.C. 1985, c. 19, s. 36), (b) (as am. *idem*).

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 675(1)(b), 676(1)(d) (as am. *idem* (1st Suppl.)), c. 27, s. 139), 685, 687, 688.

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 2.

Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77, c. 52.

National Defence Act, R.S.C. 1970, c. N-4, s. 120.

National Defence Act, R.S.C., 1985, c. N-5, ss. 130, 140(c), 212, 233.

Code criminel, L.R.C. (1985), chap. C-46, art. 675(1)(b), 676(1)(d) (mod. *idem* (1^{er} suppl.)), chap. 27, art. 139), 685, 687, 688.

Déclaration canadienne des droits, L.R.C. (1985), appendice III, art. 2e).

a *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), [L.R.C. (1985), appendice II, n^o 44], art. 52(1).

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 2.

Loi sur la défense nationale, S.R.C. 1970, chap. N-4, art. 120.

b *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), chap. N-5, art. 130, 140(c), 212, 233.

Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-77, chap. 52.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Mehr v. Law Society of Upper Canada, [1955] S.C.R. 344; [1955] 2 D.L.R. 289; *In re Anti-dumping Tribunal and re transparent sheet glass*, [1972] F.C. 1078; 30 D.L.R. (3d) 678 (T.D.); *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1.

CONSIDERED:

R. v. Wigglesworth, [1987] 2 S.C.R. 541; (1987), 45 D.L.R. (4th) 235; [1988] 1 W.W.R. 193; 61 Sask R. 105; 37 C.C.C. (3d) 385; 60 C.R. (3d) 193; 81 N.R. 161.

REFERRED TO:

Ernewein v. Minister of Employment and Immigration, [1980] 1 S.C.R. 639; (1979), 103 D.L.R. (3d) 1; 14 C.P.C. 264; 30 N.R. 316; *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.); *Duncan v. Canada (Minister of National Defence)* (1989), 52 C.C.C. (3d) 86 (F.C.T.D.).

COUNSEL:

Mel R. Hunt for applicant.

Commander S. J. Blythe for respondent Canadian Forces.

Gordon P. Macdonald for respondent Minister of National Defence.

SOLICITORS:

Goult, McElmoyle & McKinnon, Victoria, for applicant.

Assistant Judge Advocate General, Pacific Region, Victoria, for respondent Canadian Forces.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Mehr v. Law Society of Upper Canada, [1955] R.C.S. 344; [1955] 2 D.L.R. 289; *In re le Tribunal antidumping et le verre à vitre transparent*, [1972] C.F. 1078; 30 D.L.R. (3d) 678 (1^{re} inst.); *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1.

DÉCISION EXAMINÉE:

R. c. Wigglesworth, [1987] 2 R.C.S. 541; (1987), 45 D.L.R. (4th) 235; [1988] 1 W.W.R. 193; 61 Sask R. 105; 37 C.C.C. (3d) 385; 60 C.R. (3d) 193; 81 N.R. 161.

DÉCISIONS CITÉES:

Ernewein c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration, [1980] 1 R.C.S. 639; (1979), 103 D.L.R. (3d) 1; 14 C.P.C. 264; 30 N.R. 316; *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.); *Duncan c. Canada (Ministre de la Défense nationale)* (1989), 52 C.C.C. (3d) 86 (C.F. 1^{re} inst.).

AVOCATS:

Mel R. Hunt pour le requérant.

Le commandant S. J. Blythe pour les Forces canadiennes, intimées.

Gordon P. Macdonald pour le ministre de la Défense nationale, intimé.

PROCUREURS:

Goult, McElmoyle & McKinnon, Victoria, pour le requérant.

Le juge-avocat général adjoint, région du Pacifique, Victoria, pour les Forces canadiennes, intimées.

Macdonald & McNeely, Victoria, for respondent, Minister of National Defence.

Macdonald & McNeely, Victoria, pour le ministre de la Défense nationale, intimé.

The following are the reasons for order rendered in English by

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

MULDOON J.: The applicant is a captain, and an aeroplane pilot serving in the Armed Forces at Base Baden-Soellingen in the Federal Republic of Germany (hereinafter: F.R.G.). By all accounts he is, and has been, throughout his career, a first-rate officer, evincing leadership and morale-building qualities in that role and a first-rate pilot evincing skill in flying and knowledge of the operational theatre in which he serves.

b LE JUGE MULDOON: Le requérant est capitaine et pilote d'aéroplane des Forces armées de la base Baden-Soellingen, située dans la République fédérale d'Allemagne (ci-après appelée la R.F.A.). D'après l'opinion générale, il est, et il a été tout au long de sa carrière, un officier de premier ordre faisant montre de leadership et de dynamisme dans ce rôle et un pilote de premier ordre reconnu pour sa compétence et ses connaissances du milieu opérationnel dans lequel il œuvre.

The factual background circumstances of the matter begin on February 21, 1988 at about 00:40 hours when the applicant driving a motor vehicle was stopped at a roadblock established by military police outside of the main gate of Canadian Forces Base (CFB), Baden-Soellingen, F.R.G. When he emerged from his vehicle the applicant was observed to be swaying and unsteady of stance. In the upshot, having agreed to a breathalyzer test, the applicant produced two samples indicating that the concentration of alcohol in his blood was 160 milligrams in 100 millilitres, or twice the permissible maximum of 80 mgs in 100 mls.

d Les circonstances qui ont donné lieu au présent litige ont débuté le 21 février 1988 vers minuit quarante, lorsque le requérant, au volant d'un véhicule automobile, a été arrêté à un barrage routier établi par la police militaire en dehors de la barrière principale de la base des Forces canadiennes (BFC) de Baden-Soellingen, en R.F.A. Lorsqu'il est sorti de son véhicule, le requérant titubait. Finalement, ayant convenu de se soumettre à un alcootest, le requérant a produit deux échantillons indiquant que la concentration d'alcool dans son sang s'élevait à 160 milligrammes pour 100 millilitres, soit le double du maximum permissible de 80 mg par 100 ml.

On April 27 and 28, 1988, Capt. Duncan, the applicant, was tried by a Standing Court Martial (SCM) at CFB Lahr on two charges, in the alternative, punishable under section 120 of the *National Defence Act* [R.S.C. 1970, c. N-4] (now R.S.C., 1985, c. N-5, s. 130): (1) operating a motor vehicle having consumed alcohol in such a quantity that the concentration thereof in his blood exceeded 80 mgs of alcohol in 100 mls of blood, contrary to paragraph 237(b) of the *Criminal Code* [R.S.C. 1970, c. C-34 (as am. by S.C. 1985, c. 19, s. 36)]; or (2) operating a motor vehicle while his ability to do so was impaired by alcohol or a drug, contrary to paragraph 237(a) [as am. *idem*] of the *Criminal Code*. The applicant pleaded "not guilty".

e Les 27 et 28 avril 1988, le capitaine Duncan, le requérant, a subi son procès devant une cour martiale permanente (CMP) à la BFC de Lahr relativement à deux accusations punissables conformément à l'article 120 de la *Loi sur la défense nationale* [S.R.C. 1970, chap. N-4], (aujourd'hui L.R.C. (1985), chap. N-5, art. 130) soit (1) d'avoir conduit un véhicule automobile après avoir consommé de l'alcool selon une quantité dont le taux d'alcoolémie dépassait 80 mg d'alcool par 100 ml de sang, contrairement à l'alinéa 237b) du *Code criminel* [S.R.C. 1970, chap. C-34 (mod. par S.C. 1985, chap. 19, art. 36)] ou (2) d'avoir conduit un véhicule automobile alors que ses facultés étaient affaiblies par l'effet de l'alcool ou d'une drogue, contrairement à l'alinéa 237a) [mod., *idem*] du *Code criminel*. Le requérant a plaidé «non coupable».

After a trial on the charges, the SCM ordered a stay of proceedings in respect to the second charge, found the applicant to be guilty of the first charge, and sentenced him to a term of four months' imprisonment, a carceral punishment which, by virtue of paragraph 140(c) of the *National Defence Act* [R.S.C., 1985, c. N-5] (hereinafter: the Act or the NDA) is deemed to include a punishment of dismissal from Her Majesty's service, whether or not such dismissal be specified in the sentence passed by a service tribunal. The convening authority reviewed the proceedings and did not alter the conviction or the sentence.

The applicant, Capt. Duncan, instituted an appeal against the conviction and another against the severity of the sentence. On October 10, 1989, the Court Martial Appeal Court of Canada unanimously dismissed his appeal (CMAC 304) against his conviction.

The procedure invented and adopted by or on behalf of the respondent Minister concerning severity of sentences is different from the norms of Canadian law and jurisprudence in regard to which it seems almost foreign in its operation as revealed by and in this case. The provisions of the NDA which, being distinct from the invented procedure, are rather unexceptionable, and which are in the first place directly pertinent here, are:

Right to Appeal

230. Every person who has been tried and found guilty by a court martial has, . . . a right to appeal in respect of any or all of the following matters:

- (a) the severity of the sentence;

Preliminary Disposition of Appeals

233. (1) Where an appeal relates only to the severity of the sentence, the Judge Advocate General shall forward the Statement of Appeal to an authority that, under section 212, has power to mitigate, commute or remit punishments and that authority may dismiss the appeal or, subject to Part VIII, may mitigate, commute or remit the punishments comprised in the sentence.

From the point of the right to appeal against severity being established and supported by the Judge Advocate General's forwarding of the state-

Après une instruction concernant les accusations, la CMP a ordonné une suspension des procédures à l'égard de la deuxième accusation, jugé le requérant coupable de la première accusation et condamné le requérant à une peine d'emprisonnement de quatre mois, peine d'incarcération qui, conformément à l'alinéa 140c) de la *Loi sur la défense nationale* [L.R.C. (1985), chap. N-5] (ci-après appelée la Loi ou la LDN), est présumée entraîner la destitution du service de Sa Majesté, que cette destitution soit précisée ou non dans la sentence prononcée par le tribunal militaire. L'autorité qui a convoqué les parties a examiné les procédures et n'a modifié ni la déclaration de culpabilité ni la sentence.

Le requérant, le capitaine Duncan, s'est porté en appel de la déclaration de culpabilité et de la sévérité de la sentence. Le 10 octobre 1989, la Cour d'appel de la cour martiale du Canada a rejeté à l'unanimité l'appel (CMAC 304) qu'il avait interjeté à l'égard de sa déclaration de culpabilité.

La procédure qui a été inventée et adoptée par le ministre intimé ou pour son compte à l'égard de la sévérité des sentences est différente des règles de droit et de la jurisprudence canadiennes et, comparativement à celles-ci, elle semble même étrangère dans son application, comme l'indique la présente cause. Les dispositions de la LDN qui, étant différentes de la procédure inventée, ne peuvent faire l'objet d'exception et sont directement pertinentes en l'espèce sont les suivantes:

Droit d'appel

230. Quiconque a été jugé et déclaré coupable par la cour martiale peut, . . . exercer un droit d'appel en ce qui concerne, globalement ou séparément:

- a) la sévérité de la sentence;

Instruction préliminaire des appels

233. (1) Lorsque l'appel porte uniquement sur la sévérité de la sentence, le juge-avocat général transmet la déclaration d'appel à l'autorité visée à l'article 212, laquelle peut rejeter l'appel ou, sous réserve de la partie VIII, mitiger, commuer ou remettre les peines que comporte la sentence.

À compter du moment où le droit d'appel à l'égard de la sévérité de la sentence est établi et appuyé au moyen de l'envoi par le juge-avocat général de la

ment of appeal on to the designated authority, the procedure is not statutory, nor is it prescribed in the Queen's Regulations and Orders (QR & O). A copy of the applicant's statement of appeal is exhibit "A" to his affidavit filed herein. As noted, the procedure is truly an invention of an author or authors not identified specifically in this case at least. It is, however, described in the affidavits of Capt. (N) Peter Richard Partner filed and of Capt. (N) William Arthur Reed, filed herein.

The parties agree that the authority designated in subsection 233(1) is the Assistant Deputy Minister (Personnel) of the Department of National Defence (hereinafter referred to as ADM(Per)). The applicant's most cogent complaints in this matter are about that procedure whereby appeals against the severity of the sentences are decided. It appears that the invented procedure is specifically designed to prevent the appellant from having any direct oral or written access to the mind, consciousness and understanding of the ADM(Per) who is going to make a decision about the severity of the appellant's sentence.

The procedure adopted here is the bone of contention between the parties. This is not clearly indicated in the applicant's notice of motion, the pertinent passages of which run as follows:

THE MOTION is for a Writ of Prohibition directing that the respondents be prohibited from imprisoning the applicant, JOHN ROBERT DUNCAN, in any service detention barracks under their control in relation to the sentence imposed upon him at the conclusion of his Standing Court Martial on April 28, 1988.

THE GROUNDS of the motion are Sections 7, 9, 15(1) and 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The notice is infelicitously expressed in that the provisions 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]] are hardly grounds in and of themselves, but, related to the salient facts, they could perhaps provide grounds for the remedy. In any event, the salient facts are so fully known to the respondents from the beginning and, indeed so proudly promot-

déclaration d'appel à l'autorité désignée, la procédure n'est pas d'origine législative et elle n'est pas prescrite non plus dans les *Ordonnances et Règlements royaux* (O & RR). Une copie de l'avis d'appel du requérant se trouve à l'annexe «A» de l'affidavit qu'il a déposé en l'espèce. Comme je l'ai souligné, la procédure est véritablement l'invention d'un ou de plusieurs auteurs qui ne sont pas identifiés avec précision, du moins dans le présent dossier. Cependant, elle est décrite dans les affidavits du capitaine (N) Peter Richard Partner et du capitaine (N) William Arthur Reed qui sont déposés aux présentes.

Les parties conviennent que l'autorité désignée au paragraphe 233(1) est le sous-ministre adjoint (personnel) du ministère de la Défense nationale (ci-après appelé le SMA(Per)). Les plaintes les plus sérieuses du requérant dans la présente cause concernent la procédure par laquelle les appels interjetés à l'encontre de la sévérité des sentences sont tranchés. Il semble que la procédure inventée soit conçue de façon à empêcher l'appellant d'avoir accès directement, que ce soit verbalement ou par écrit, à l'esprit, à la volonté et à la compréhension du SMA(Per) qui rendra une décision concernant la sévérité de la sentence de l'appellant.

La procédure adoptée en l'espèce est au cœur du litige entre les parties. Cela n'est pas indiqué clairement dans l'avis de requête du requérant, dont les extraits pertinents se lisent comme suit:

[TRADUCTION] IL S'AGIT D'UNE REQUÊTE en vue d'obtenir un bref de prohibition interdisant aux intimés d'emprisonner le requérant, JOHN ROBERT DUNCAN, dans une caserne de détention sous leur contrôle à l'égard de la peine qui lui a été imposée à la fin de son procès devant la cour martiale permanente le 28 avril 1988.

LES MOTIFS de la requête sont les articles 7 et 9 et les paragraphes 15(1) et 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

L'avis est mal rédigé, étant donné que les dispositions 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]] ne sont guère des motifs en soi, bien que, lorsqu'elles sont liées aux faits importants, elles puissent fournir des motifs à l'appui de la réparation. À tout événement, les intimés sont tellement au courant des faits impor-

ed and presented by them that the notice can not have misled them.

The key official in the procedure which is in vogue, is the Director of Personnel Legal Services (DPLS) on the staff of the ADM(Per). At the material times the DPLS was Capt. (N) Peter Richard Partner. It was he with whom the applicant's counsel entered into communication about the applicant's appeal relating to severity of sentence. Capt. (N) Partner swore out two affidavits, filed herein, on October 11, 1989, and again on November 1, 1989. The earlier affidavit was filed on October 17, 1989, but it is not included in the respondents' record which was filed on November 3, 1989. In that earlier affidavit Capt. (N) Partner deposes:

2. THAT my duties include the preparation of submissions to the Assistant Deputy Minister (Personnel) in respect of appeals as to severity of sentences made by members of the Canadian Forces who have been tried and found guilty by courts martial of offences under the Code of Service Discipline.

3. THAT these submissions contain recommendations concerning the disposition of appeals as to severity of sentences by the [ADM(Per)] in his capacity under the *National Defence Act* as an authority having power to mitigate, commute or remit any and all of the punishments included in a sentence passed by a service tribunal.

5. THAT in the course of considerable discussion with [the applicant's counsel] Mr. Hunt, who is personally known to me as a former member of the Canadian Forces Legal Branch and sometime staff officer in the Directorate of Personnel Legal Services, and therefore familiar with the procedure and process in respect of appeals as to the severity of sentence, the nature of my proposed recommendations to the [ADM(Per)] in Captain Duncan's case and the reasons for those recommendations were fully explained to Mr. Hunt. [Emphasis not in original text.]

Paragraph 5, above, seems to argue *ad hominem* that, by virtue of his previous position and consequent knowledge, the applicant's counsel might somehow be estopped from articulating his client's complaint. Such, of course, is not the case at all and never could be, for mere knowledge of impugned procedures and even counsel's past complicity in them constitute no waiver of the applicant's complaint, which must stand or fall on its own merits.

tants depuis le début et ils les ont présentés avec une telle fierté qu'ils ne peuvent s'être mépris sur le sens de l'avis.

L'autorité clé dans la procédure appliquée est le directeur du service juridique du personnel (DSJP) au sein du personnel du SMA(Per). Aux moments pertinents, le DSJP était le capitaine (N) Peter Richard Partner. C'est avec lui que l'avocat du requérant a communiqué au sujet de l'appel de son client concernant la sévérité de la sentence. Le capitaine (N) Partner a signé deux affidavits qui ont été déposés aux présentes, soit le 11 octobre 1989 et le 1^{er} novembre de la même année. Le premier affidavit a été déposé le 17 octobre 1989, mais il ne figure pas dans le dossier des intimés qui a été déposé le 3 novembre 1989. Dans ce premier affidavit, le capitaine (N) Partner a déclaré ce qui suit:

[TRADUCTION] 2. Mes fonctions comprennent la préparation de mémoires soumis au sous-ministre adjoint (personnel) au sujet des appels concernant la sévérité des sentences des membres des Forces armées qui ont été déclarés coupables par les cours martiales d'infractions prévues au Code de discipline militaire.

3. Ces mémoires renferment des recommandations concernant le règlement des appels relatifs à la sévérité des sentences par le [SMA(Per)], autorité habilitée, en vertu de la *Loi sur la défense nationale*, à mitiger, commuer ou remettre les peines comprises dans la sentence prononcée par un tribunal militaire.

5. Au cours d'une longue discussion avec M^e Hunt [l'avocat du requérant], que je connais personnellement comme étant un ex-membre de la Section des services juridiques des Forces canadiennes et parfois agent du personnel de la Direction du service juridique du personnel, et qui est donc familier avec la procédure relative aux appels concernant la sévérité de la sentence, la nature des recommandations que j'ai proposées au [SMA(Per)] dans le cas du capitaine Duncan et les raisons à l'appui de ces recommandations ont été pleinement expliquées à M^e Hunt. [Non souligné dans le texte original.]

Le capitaine (N) Partner semble soutenir *ad hominem*, au paragraphe 5, qu'en raison du poste qu'il occupait précédemment et des connaissances qu'il a acquises de ce fait, l'avocat du requérant ne pouvait, pour une raison ou pour une autre, formuler la plainte de son client. Ce n'est évidemment pas le cas et ce ne pourrait jamais l'être, parce que la simple connaissance des procédures attaquées et même la complicité de l'avocat dans le passé dans lesdites procédures ne constituent aucunement un abandon de la plainte du requérant, laquelle doit être accueillie ou rejetée selon son bien-fondé.

The prelude of the applicant's complaint can be seen in the emphasized portion of Capt. (N) Partner's paragraph 5 above. There would be nothing amiss if the DPLS's recommendations to the ADM(Per) and the reasons for them stood on an equal plane of presentation with those of the applicant or his counsel. As the evidence indicates further, however, the DPLS meant that his recommendations enjoyed exclusive presentation to the ADM(Per). This conclusion is further borne out in the last three paragraphs of DPLS Capt. (N) Partner's earlier affidavit:

9. THAT in the course of discussion with [the applicant's counsel] Mr. Hunt, it was made clear to him that no hearing would be scheduled in Captain Duncan's case since, a fact which I have reason to believe he already knew, appeals as to severity of sentence are invariably adjudicated on the basis of written submissions.

10. THAT Mr. Hunt had ample time to submit further written particulars of his client's appeal as to severity of sentence between 9 December 1988, when Captain Duncan delivered his Statement of Appeal to Canadian Forces authorities, and 27 January 1989, when I forwarded my submission in the Duncan case of the Assistant Deputy Minister (Personnel), but did not do so; and that neither Captain Duncan nor his solicitor were invited to make further submissions in connection with Captain Duncan's appeal as to severity of sentence since, during his telephone discussions with me, *Mr. Hunt had already presented me* with detailed and comprehensive arguments why his client's appeal should be allowed, and these arguments were given full consideration in formulating any submission and recommendations to the [ADM(Per)].

11. THAT full and complete disclosure was made to Mr. Hunt in respect of all matters relating to his client's appeal as to severity of sentence, and that he was given every opportunity to and did in fact make oral representations to me on his client's behalf prior to preparation of my submission to the Assistant Deputy Minister (Personnel). [Emphasis not in original text.]

This deponent, the DPLS, Capt. (N) Partner, elaborated on the procedure which is utilized for appeals of this kind in his second affidavit, as follows:

3. THAT the usual procedure followed in staffing appeals as to severity of sentence in the Directorate of Personnel Legal Services is as follows:

a. on receipt of the Statement of Appeal form from the Judge Advocate General, a legal officer in my Directorate is assigned to staff the severity of sentence appeal;

c. the appellant, or . . . counsel for the appellant, is contacted in writing. The standard letter sent states that the appeal as to severity of sentence has been received and that if the

Le fondement de la plainte du requérant se trouve dans la partie soulignée du paragraphe 5 précité de l'affidavit du capitaine (N) Partner. Il n'y aurait rien d'irrégulier si les recommandations qu'a présentées le DSJP au SMA(Per) ainsi que les motifs à l'appui desdites recommandations avaient été présentés de la même façon que celles du requérant ou de son avocat. Comme la preuve l'indique plus loin, le DSJP voulait que ses recommandations soient présentées de façon exclusive au SMA(Per). Cette conclusion ressort également des trois derniers paragraphes du premier affidavit du capitaine (N) Partner:

[TRADUCTION] 9. Au cours d'une discussion tenue avec M^e Hunt [l'avocat du requérant], on lui a dit clairement qu'aucune audience ne serait tenue dans le cas du capitaine Duncan étant donné que les appels concernant la sévérité de la sentence sont tranchés dans tous les cas sur la foi de mémoires, ce que M^e Hunt savait déjà, à mon avis.

10. M^e Hunt avait amplement le temps de présenter d'autres détails écrits au sujet de l'appel de son client concernant la sévérité de la sentence entre le 9 décembre 1988, date à laquelle le capitaine Duncan a fait parvenir sa déclaration d'appel aux autorités des Forces canadiennes et, le 27 janvier 1989, date à laquelle j'ai expédié mon mémoire dans l'affaire Duncan au sous-ministre adjoint (personnel), mais il ne l'a pas fait; ni le capitaine Duncan ni son avocat n'ont été invités à présenter d'autres arguments à l'égard de l'appel du capitaine Duncan concernant la sévérité de la sentence étant donné que, au cours des conversations téléphoniques qu'il a eues avec moi, *M^e Hunt m'avait déjà soumis* des arguments détaillés et complets à l'appui de l'appel de son client et que j'ai pleinement examiné ces arguments lorsque j'ai préparé mon mémoire et mes recommandations à l'intention du [SMA(Per)].

11. Une divulgation complète a été faite à M^e Hunt relativement à toutes les questions liées à l'appel de son client concernant la sévérité de la sentence et il a eu toute la latitude voulue de me soumettre des arguments verbalement au nom de son client, ce qu'il a effectivement fait, avant que je ne prépare mon mémoire destiné au sous-ministre adjoint du personnel. [Non souligné dans le texte original.]

Dans son deuxième affidavit, le capitaine (N) Partner, a donné d'autres détails au sujet de la procédure appliquée dans les appels de cette nature:

[TRADUCTION] 3. La procédure habituellement suivie dans les appels du personnel concernant la sévérité de la sentence au sein de la Direction du service juridique du personnel est la suivante:

a. sur réception de la déclaration d'appel du juge-avocat général, un avocat de ma Direction est désigné pour évaluer l'appel concernant la sévérité de la sentence;

c. une lettre est envoyée à l'appellant ou à son avocat. Dans la lettre habituellement envoyée, il est mentionné que la déclaration d'appel concernant la sévérité de la sentence a été

appellant wishes to submit further particulars in support of that appeal then those particulars are to be forwarded to the Directorate of Personnel Legal Services within a specified time frame, usually one month. There is a further invitation to contact the Directorate of Personnel Legal Services if the appellant or counsel has any questions;

d. after the time frame for the submission of further particulars by appellant or counsel for the appellant has expired, a submission to ADM(Per), an authority designated to adjudicate appeals as to severity of sentence, is prepared;

e. this submission is prepared following a lengthy and comprehensive review and analysis of all precedents and in the context of all factors bearing on conduct and discipline in the Canadian Forces as well as all mitigating factors and arguments advanced by or on behalf of the offender concerned;

f. more specifically, this submission usually reflects the submissions of the prosecutor and the defence at the court martial, together with the decision of the court. It may reflect the updating of personnel and career information if that has changed since trial. It will include a summary of the further particulars, if any, submitted by the appellant or counsel for the appellant. In addition, it will address the principles of sentencing, such as deterrence and rehabilitation as they pertain to the case of the appellant. The submission will make a recommendation to the Assistant Deputy Minister (Personnel) as to what action would be appropriate in the particular appeal being considered;

g. the submission is reviewed by me personally. After I have signed it, it is sent to the [ADM(Per)] together with the Minutes of Proceedings of the court martial and the administrative file. This administrative file will usually include messages relating to the procedures for convening the court martial, messages sent from the court martial regarding findings and sentences, notes to file updating information in the Minutes of Proceedings, and, if submitted, the particulars of the appellant or counsel for the appellant in support of the appeal as to severity of sentence;

h. if upon review the Assistant Deputy Minister (Personnel) has any questions on the matter he will normally contact my office;

i. after the Assistant Deputy Minister (Personnel) has made his decision regarding the appeal as to severity of sentence, the file is returned to the Directorate of Personnel Legal Services; and

j. the Directorate of Personnel Legal Services then informs all interested parties, in particular, the appellant, counsel for the appellant, the Convening Authority who convened the court martial, and other appropriate career authorities requiring notification of the results of the appeal. [Emphasis not in original text.]

The applicant's right to appeal against the severity of his sentence is clearly accorded in the NDA. The Court is not concerned with the legality of the sentence, against which no complaint has been made, nor yet with the severity of the sentence for it is not a matter committed to this

reçue et que, si l'appelant désire présenter d'autres détails à l'appui de l'appel, il dispose d'un délai précis, habituellement un mois, pour soumettre ces détails à la Direction du service juridique du personnel. On l'invite également à communiquer avec cette même Direction, si lui-même ou son avocat a des questions à poser;

d. après l'expiration du délai fixé pour la présentation de détails supplémentaires par l'appelant ou son avocat, un mémoire est préparé à l'intention du SMA(Per), l'autorité désignée pour trancher les appels concernant la sévérité de la sentence;

e. ce mémoire est préparé après une revue et une analyse complètes de tous les précédents et dans le contexte de tous les facteurs touchant la conduite et la discipline dans les Forces canadiennes ainsi que de toutes les circonstances atténuantes et des arguments invoqués par l'appelant concerné ou pour son compte;

f. plus précisément, ce mémoire fait habituellement état des arguments allégués par l'avocat de la poursuite et celui de la défense au cours de l'audience tenue devant la cour martiale ainsi que de la décision de celle-ci. Le mémoire peut renfermer des renseignements à jour sur la carrière de l'appelant, si la situation à cet égard a changé depuis le procès. Il comprendra également un résumé des autres détails soumis par l'appelant ou son avocat. En outre, il renferme un énoncé des principes de la détermination de la peine, comme la dissuasion et la réhabilitation, qui s'appliquent au cas de l'appelant. Le mémoire renferme une recommandation au sous-ministre adjoint (personnel) quant aux mesures qui seraient appropriées dans le cas sous étude;

g. je révisé ce mémoire personnellement. Après l'avoir signé, je le fais parvenir au [SMA(Per)] ainsi que le procès-verbal de l'audience tenue devant la cour martiale et le dossier administratif. Ce dossier administratif renferme habituellement les messages liés aux procédures de convocation de la cour martiale, les messages provenant de la cour martiale au sujet des conclusions et des peines, les notes de mise à jour des renseignements contenus dans le procès-verbal et, le cas échéant, les détails fournis par l'appelant ou son avocat à l'appui de l'appel relatif à la sévérité de la sentence;

h. si, après avoir examiné le mémoire, le sous-ministre adjoint (personnel) a des questions au sujet du cas, il communiquera habituellement avec mon bureau;

i. une fois que le sous-ministre adjoint (personnel) a rendu sa décision au sujet de l'appel concernant la sévérité de la sentence, le dossier est retourné à la Direction du service juridique du personnel; et

j. la Direction du service juridique du personnel avise ensuite toutes les parties intéressées, notamment l'appelant, son avocat, l'autorité qui a convoqué les parties et la cour martiale et les autres autorités concernées par la carrière de l'appelant qui demandent un avis des résultats de l'appel. [Non souligné dans le texte original.]

Le droit de l'appelant d'interjeter un appel à l'encontre de la sévérité de sa sentence lui est accordé en toutes lettres selon la LDN. La Cour n'est pas préoccupée par la question de la légalité de la sentence, qui n'a pas été contestée, ni par la sévérité de la sentence, car il ne s'agit pas d'une

Court's jurisdiction. However, since the ADM(Per) is undoubtedly a "federal board, commission or other tribunal" because he is a person "having, exercising or purporting to exercise jurisdiction or powers conferred by or under an Act of Parliament" [*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 2], being sections 212 and 233 of the *National Defence Act*, his exercise or purported exercise of his jurisdiction or powers—the process impugned in the applicant's appeal—is subject to review by this Court.

The Constitution, including the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is the supreme law of Canada, to which all other laws, procedures, powers, jurisdiction and process are subject, including the NDA and, of course, the ADM(Per)'s performance of his statutory duties. So, in effect, provides subsection 52(1) of Part VII, Schedule B, of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]. This conclusion is all the stronger, if not quite absolute, by reason of the Charter's fully specific and direct reference to military law in making only one deferential exception to its subordinate status, which exception is expressed in paragraph 11(f) of the Charter, an exception which is not otherwise relevant here. Thus the rights expressed in section 2 and sections 7 to 15 of the Charter, with three possible exceptions—reasonable limits under section 1, temporary legislative override under section 33, and potential override under some national emergency measures legislation—are supreme. The latter two are not relevant here. The expressed rights are not to be violated by the law, its application or by the conduct of State functionaries.

The applicant here invokes section 7 of the Charter, thus:

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.

It is trite to say that among the principles of fundamental justice reside the rights to fair procedures and a fair hearing. It is notable that the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C., 1985, Appendix III, in paragraph 2(e) provides that no law of

question qui relève de la compétence de la Cour. Cependant, comme le SMA(Per) est manifestement un «office, une commission ou un autre tribunal fédéral» parce qu'il est une personne «ayant, exerçant ou censé exercer une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale» [*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 2], en l'occurrence, les articles 212 et 233 de la *Loi sur la défense nationale*, la façon dont il exerce ou cherche à exercer ses pouvoirs (la procédure attaquée dans l'appel du requérant) peut faire l'objet d'une révision par la Cour.

La Constitution, y compris la *Charte canadienne des droits et libertés*, est la loi suprême du Canada et toutes les autres lois, procédures, pouvoirs et compétences y sont assujettis, y compris la LDN et, bien entendu, l'exécution par le SMA(Per) de ses devoirs d'origine législative. C'est ce que prévoit le paragraphe 52(1) de la Partie VII, Annexe B, 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]]. Cette conclusion est renforcée, si elle n'est pas absolue, du fait que la justice militaire est mentionnée de façon précise dans la Charte, laquelle ne prévoit qu'une seule exception à son statut inférieur, exception qui est exprimée au paragraphe 11f) de la Charte et qui n'est pas pertinente par ailleurs au présent litige. Ainsi, les droits exprimés à l'article 2 et aux articles 7 à 15 de la Charte sont suprêmes, à trois exceptions près, soit les limites raisonnables selon l'article 1, une dérogation temporaire par déclaration expresse selon l'article 33 et une dérogation temporaire possible en vertu d'une loi nationale sur les mesures d'urgence. Les deux dernières exceptions ne sont pas pertinentes en l'espèce. Les droits exprimés ne peuvent être violés par la loi, par la façon dont elle est appliquée ou par la conduite des fonctionnaires de l'État.

Le requérant invoque en l'espèce l'article 7 de la Charte, dont le libellé est le suivant:

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.

Il est reconnu que les principes de justice fondamentale comprennent le droit à une procédure équitable et à une audience impartiale. Il convient de souligner que l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), appendice

Canada shall be applied so as to “deprive a person of the right to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice for the determination of his rights and obligations”. This latter Act of Parliament discloses a pertinent content of “fundamental justice”.

It is equally without dispute that fair procedures and a fair hearing import the maxims of *audi alteram partem* and “only they who hear should decide”. (*Mehr v. Law Society of Upper Canada*, [1955] S.C.R. 344, at page 351 and *In re Anti-dumping Tribunal and re transparent sheet glass*, [1972] F.C. 1078 (T.D.), at pages 1108-1109.) Here the ADM(Per) accorded the applicant no opportunity to make submissions except through the DPLS. The ADM(Per) made his decision, not having heard the applicant’s case. Those notions of fair process come to the same principle, which resides in both (or in other circumstances, all) parties’ right, in a serious matter involving liberty and security of the person, to have direct access to the mind or conscious understanding of the decider, the adjudicator.

In effect, the foregoing is what the Supreme Court of Canada taught by a double plurality (4 and 4) in *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177. There the subject-matter was the appellants’ rights to a hearing in the determination of their asserted refugee status pursuant to the *Immigration Act, 1976*, S.C. 1976-77, c. 52. The learned judgments ought to be read and savoured in full in order to gain understanding of the Court’s *ratio*, but two extracted passages from Madame Justice Wilson’s reasons are particularly pertinent here [at pages 215-216]:

It seems to me that the basic flaw in [the Minister’s counsel’s] characterization of the procedure under ss. 70 and 71 is his description of the procedure as non-adversarial. It is in fact highly adversarial but the adversary, the Minister, is waiting in the wings. What the Board has before it is a determination by the Minister based in part on information and policies to which the applicant has no means of access that the applicant for redetermination is not a Convention refugee. The applicant is entitled to submit whatever relevant material he wishes to the Board but he still faces the hurdle of having to establish to the

III, prévoit qu’aucune loi du Canada ne peut «s’appliquer comme privant une personne du droit à une audience impartiale de sa cause, selon les principes de justice fondamentale, pour la définition de ses droits et obligations». Cette dernière loi du Parlement révèle un élément pertinent de la «justice fondamentale».

En outre, il est indubitable que le droit à une procédure équitable et à une audience impartiale sous-entend la règle *audi alteram partem* et la règle selon laquelle [TRADUCTION] «seuls ceux qui entendent la cause devraient trancher le débat». (*Mehr v. Law Society of Upper Canada*, [1955] R.C.S. 344, à la page 351 et *In re le Tribunal antidumping et le verre à vitre transparent*, [1972] C.F. 1078 (1^{re} inst.), aux pages 1108 et 1109.) Dans ce cas-ci, le SMA(Per) n’a accordé au requérant aucune possibilité de présenter des arguments, sauf par l’entremise du DSJP. Le SMA (Per) a rendu sa décision sans entendre les arguments du requérant. Ces notions de procédure équitable reviennent au même principe, soit le droit des deux parties (ou, dans d’autres circonstances, de toutes les parties), dans un cas grave où la liberté et la sécurité de la personne sont en jeu, d’avoir directement accès à l’esprit ou à la compréhension de l’instance décisionnelle.

C’est ce qu’a enseigné la Cour suprême du Canada par une double pluralité (4 et 4) dans *Singh et autres c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177. Le litige dans cette cause-là portait sur le droit des appelants de se faire entendre relativement à la détermination de leur statut de réfugiés conformément à la *Loi sur l’immigration de 1976*, S.C. 1976-77, chap. 52. Il serait préférable de lire les savants jugements au complet pour comprendre le raisonnement de la Cour, mais deux passages extraits des motifs de Madame le juge Wilson sont particulièrement pertinents en l’espèce [aux pages 215 et 216]:

Il me semble que [l’avocat du Ministre] commet une erreur fondamentale lorsqu’il décrit la procédure prévue aux art. 70 et 71 comme étant non contradictoire. En fait, il s’agit d’une procédure hautement contradictoire mais la partie adverse, c’est-à-dire le Ministre, attend dans la coulisse. Ce dont la Commission est saisie est une décision du Ministre, fondée en partie sur des renseignements et des politiques auxquels le requérant n’a aucun moyen d’accès, portant que la personne qui demande un réexamen n’est pas un réfugié au sens de la Convention. Le requérant a le droit de soumettre à la Commis-

Board that on the balance of probabilities the Minister was wrong. Moreover, he must do this without any knowledge of the Minister's case beyond the rudimentary reasons which the Minister has decided to give him in rejecting his claim. It is this aspect of the procedures set out in the Act which I find impossible to reconcile with the requirements of "fundamental justice" as set out in s. 7 of the *Charter*.

Under the Act as it presently stands, however, a refugee claimant may never have the opportunity to make an effective challenge to the information or policies which underlie the Minister's decision to reject his claim. Because s. 71(1) requires the Immigration Appeal Board to reject an application for redetermination unless it is of the view that it is more likely than not that the applicant will be able to succeed, it is apparent that an application will usually be rejected before the refugee claimant has had an opportunity to discover the Minister's case against him in the context of a hearing. Indeed, given the fact that s. 71(1) resolves any doubt as to whether or not there should be a hearing against the refugee claimant, I find it difficult to see how a successful challenge to the accuracy of the undisclosed information upon which the Minister's decision is based could ever be launched.

I am accordingly of the view that the procedures for determination of refugee status claims as set out in the *Immigration Act, 1976* do not accord refugee claimants fundamental justice in the adjudication of those claims and are thus incompatible with s. 7 of the *Charter*. It is therefore necessary to go forward to the third stage of the inquiry and determine whether the shortcomings of these procedures in relation to the standards set out by s. 7 constitute reasonable limits which can be demonstrably justified in a free and democratic society within the meaning of s. 1 of the *Charter*.

In the same case of *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, Mr. Justice Beetz spoke for the other equal division of the Supreme Court bench who invoked the *Canadian Bill of Rights*, thereby reviving it from a seemingly moribund state. He extracted a lengthy quotation, from the late Pigeon J. written in *Ernewein v. Minister of Employment and Immigration*, [1980] 1 S.C.R. 639 at pages 657 and following. It is a dissenting opinion, but Mr. Justice Beetz points out that it "retains all its relevance with respect to the necessity of a hearing and it is reinforced by the *Canadian Bill of Rights*" [at page 234]. These are among the passages by Pigeon J. [at page 659] quoted by Beetz J. in the *Singh* case [at page 233]:

It is also a well established principle that *audi alteram partem* is a rule of natural justice so firmly adopted by the common

law that on the balance of probabilities the Minister was wrong. Moreover, he must do this without any knowledge of the Minister's case beyond the rudimentary reasons which the Minister has decided to give him in rejecting his claim. It is this aspect of the procedures set out in the Act which I find impossible to reconcile with the requirements of "fundamental justice" as set out in s. 7 of the *Charter*.

Cependant, vu les dispositions actuelles de la Loi, il se peut que la personne qui revendique le statut de réfugié n'ait jamais l'occasion de contester réellement les renseignements ou politiques sous-jacents à la décision du Ministre de rejeter sa revendication. Étant donné que le par. 71(1) oblige la Commission d'appel de l'immigration à rejeter une demande de réexamen, à moins qu'elle n'estime que le requérant pourra probablement obtenir gain de cause, il est manifeste qu'une demande sera habituellement rejetée avant que la personne qui revendique le statut de réfugié n'ait eu l'occasion de connaître le contenu du dossier dont dispose le Ministre dans le contexte d'une audition. En fait, étant donné que le par. 71(1) dissipe tout doute quant à savoir si la personne qui revendique le statut de réfugié devrait faire l'objet d'une audition, je vois difficilement comment on pourrait contester avec succès l'exactitude des renseignements non divulgués sur lesquels se fonde la décision du Ministre.

J'estime par conséquent que la procédure d'examen des revendications du statut de réfugié énoncée dans la *Loi sur l'immigration de 1976* constitue, pour les personnes qui revendiquent le statut de réfugié, un déni de justice fondamentale en ce qui concerne l'arbitrage de ces revendications et qu'elle est de ce fait incompatible avec l'art. 7 de la *Charte*. Il est donc nécessaire de passer à la troisième étape de l'enquête et de déterminer si les lacunes de cette procédure en ce qui concerne les normes énoncées à l'art. 7 constituent des limites raisonnables dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'art. 1 de la *Charte*.

Dans la même cause de *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, le juge Beetz s'est exprimé au nom de l'autre moitié des membres de la Cour suprême qui ont invoqué la *Déclaration canadienne des droits*, qui semblait sur le point de sombrer dans l'oubli. Il a extrait une longue citation des commentaires que le regretté juge Pigeon a formulés dans *Ernewein c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1980] 1 R.C.S. 639, aux pages 657 et suivantes. Il s'agit d'un avis dissident, mais le juge Beetz souligne qu'il «garde toute sa pertinence quant à la nécessité d'une audition et il est renforcé par la *Déclaration canadienne des droits*» [à la page 234]. Voici une partie [à la page 659] de cette citation [à la page 233]:

C'est aussi un principe bien établi que la règle *audi alteram partem* est une règle de justice naturelle que la *common law* a

law that it applies to all those who fulfil judicial functions and it is not excluded by inference. See *L'Alliance des Professeurs Catholiques de Montréal v. Labour Relations Board* ([1953] 2 S.C.R. 140), per Rinfret C.J. at p. 154:

[TRANSLATION] The rule that no one should be convicted or deprived of his rights without a hearing, and especially without even being informed that his rights would be in question, is a universal rule of equity, and the silence of a statute should not be relied on as a basis for ignoring it. In my opinion, there would have to be nothing less than an express statement by the legislator for this rule to be superseded: it applies to all courts and to all bodies required to make a decision that might have the effect of destroying a right enjoyed by an individual.

In the case at bar it may be said that if the ADM(Per) did not withdraw from the hearing room, then, in a metaphysical sense, he barred the applicant from the hearing room, while hearing only the version of the applicant's representations which the DPLS deigned to pass on to the ADM(Per). Although the NDA and the QR & O are silent on how to conduct the adjudication of an appeal from severity of sentence, the applicant and his counsel were confronted with this officially invented unfair process.

In the case of another kind of service tribunal, that of the Royal Canadian Mounted Police, the Supreme Court of Canada spoke at length regarding paragraph 11(h) of the Charter which is not under consideration here because the applicant was convicted by a service tribunal of an offence against the provisions of the *Criminal Code*. The case is that of *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541 in which Madame Justice Wilson writes the majority opinion. She is reported thus at page 562:

If an individual is to be subject to penal consequences such as imprisonment—the most severe deprivation of liberty known to our law—then he or she, in my opinion, should be entitled to the highest procedural protection known to our law.

Before turning to the application of the law to the facts of this case, I want to emphasize that nothing in the above discussion takes away from the possibility that constitutionally guaranteed procedural protections may be available in a particular case under s. 7 of the *Charter* even although s. 11 is not available. The appellant in this case has chosen to base his case solely on s. 11 of the *Charter*. In view of this I make no comment on the applicability of s. 7.

adoptée si fermement qu'elle s'applique à tous ceux qui remplissent des fonctions de nature judiciaire et ne peut être exclue que de façon expresse. Voir: *L'Alliance des Professeurs Catholiques de Montréal c. La Commission des relations de travail*, [1953] 2 R.C.S. 140, où le juge en chef Rinfret a dit à la p. 154:

Le principe que nul ne doit être condamné ou privé de ses droits sans être entendu, et surtout sans avoir même reçu avis que ses droits seraient mis en jeu est d'une équité universelle et ce n'est pas le silence de la loi qui devrait être invoqué pour en priver quelqu'un. À mon avis, il ne faudrait rien moins qu'une déclaration expresse du législateur pour mettre de côté cette exigence qui s'applique à tous les tribunaux et à tous les corps appelés à rendre une décision qui aurait pour effet d'annuler un droit possédé par un individu.

Dans la présente cause, on peut dire que, si le SMA(Per) ne s'est pas retiré de la salle d'audience, alors, dans un sens métaphysique, il a empêché le requérant de se rendre dans cette salle, entendant uniquement la version des observations du requérant que le DSJP a bien voulu lui présenter. Bien que ni la LDN ni les O & RR ne renferment de dispositions sur la façon dont un appel relatif à la sévérité de la sentence devrait se dérouler, le requérant et son avocat se sont vus confrontés à cette procédure inéquitable inventée de façon officielle.

Dans une cause concernant un autre genre de tribunal militaire, soit celui de la Gendarmerie Royale du Canada, la Cour suprême du Canada a traité longuement de l'alinéa 11(h) de la Charte, qui n'est pas en cause en l'espèce, parce que le requérant a été reconnu coupable par un tribunal militaire d'une infraction aux dispositions du *Code criminel*. Il s'agit de la cause de *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541, où Madame le juge Wilson a rédigé l'opinion majoritaire. Voici ce qu'elle dit à la page 562:

Si une personne doit subir des conséquences pénales comme l'emprisonnement, qui constitue la privation de liberté la plus grave dans notre droit, j'estime alors qu'elle doit avoir droit à la meilleure protection qu'offre notre droit en matière de procédure.

Avant d'examiner l'application du droit aux faits de l'espèce, je tiens à souligner que la discussion précédente n'écarte nullement la possibilité que des garanties constitutionnelles en matière de procédure puissent être invoquées dans un cas particulier aux termes de l'art. 7 de la *Charte*, même si on ne peut se fonder sur l'art. 11. L'appelant en l'espèce a choisi de fonder son argumentation uniquement sur l'art. 11 de la *Charte*. Ainsi, je ne fais aucune observation sur l'applicabilité de l'art. 7.

Section 7 of the Charter is invoked in this case by the applicant and in referring to “the principles of fundamental justice” it does invoke, as did Wilson J., “the highest procedural protection known to our law”.

Now, it is true that upon cross-examination on his affidavit, a remarkable performance, whose transcript is exhibit 4, Lt.-Gen. James Arthur Fox, the current ADM(Per) gave his impressions of military justice, including the procedure in vogue on severity-of-sentence appeals, thus:

30. Q. And if he appeals the severity of sentence from the court-martial, he gets advised as to whether he has been denied or not, that is all, is that not so?

A. That is basically correct, in the form of written response.

31. Q. Yes, but he doesn't get reasons, does he?

A. That is correct.

32. Q. Does that seem to you—

A. In the written response.

33. Q. Yes. All he gets is that he is told very simply that his appeal is denied or granted in part or whatever it may be—

A. Correct—

34. Q. —without any reasons?

A. Correct

35. Q. Does that strike you as being somewhat anomalous?

A. I think that the individual will be aware of the judgments that have been applied through other legal counsel or assisting officer will advise him, so I think the individual is aware, so what we are really talking about is whether the response need be in writing.

40. Q. I say that the individual who has appealed the severity of the sentence does not get told what you receive?

A. That is correct.

41. Q. That is correct, you don't deny that?

A. In detail.

42. Q. Just a minute, you say in detail, does he get advised generally? I put it to you he doesn't get advised at all of anything that is going into that submission?

A. He has, I want to take some advice here, okay.

43. Q. Well, Mr. Macdonald, you perhaps will want to speak to the General. I want it understood this is my cross-examination and I don't want continued interruptions. I don't want him to be given the answers. He has sworn a 40-page affidavit putting himself forward as an authority on this system and he should be able to answer the questions.

MR. MACDONALD: There will be areas that the General will require some assistance in informing himself, the

Dans le présent litige, le requérant invoque l'article 7 de la Charte, lequel renvoie aux «principes de justice fondamentale», soit, comme l'a dit le juge Wilson, «la meilleure protection qu'offre notre droit en matière de procédure».

Il est vrai que, lorsqu'il a été contre-interrogé au sujet de son remarquable affidavit, qui se trouve à la pièce 4, le lieutenant-général James Arthur Fox, l'actuel SMA(Per), a donné ses impressions de la justice militaire, y compris la procédure en usage dans les appels concernant la sévérité de la sentence:

[TRADUCTION]

30. Q. Et s'il en appelle de la sévérité de la sentence imposée par la cour martiale, on lui dit si son appel est refusé ou non, et c'est tout, n'est-ce pas?

R. C'est à peu près ça, sous forme de réponse écrite.

31. Q. Oui, mais il n'obtient pas les motifs, n'est-ce pas?

R. C'est exact.

32. Q. Est-ce que cela vous semble . . .

R. Dans la réponse écrite.

33. Q. Oui. On lui dit très simplement que son appel est rejeté ou qu'il est accueilli en partie, et c'est tout ce qu'il obtient . . .

R. C'est exact.

34. Q. Sans motifs?

R. C'est exact.

35. Q. Est-ce que cela vous semble un peu irrégulier?

R. Je pense que la personne sera informée des jugements qui ont été rendus par l'entremise d'un autre conseiller juridique ou d'un officier adjoint, alors je pense que l'individu est au courant, alors ce dont nous parlons ici, c'est de la question de savoir si la réponse doit être faite par écrit.

40. Q. La personne qui en appelle de la sévérité de la sentence n'est pas informée de ce que vous recevez?

R. C'est exact.

41. Q. C'est exact, vous ne niez pas ça?

R. En détail.

42. Q. Juste un instant, vous dites en détail, est-il informé d'une façon générale? Je vous dis qu'il n'est pas informé de ce que renferme ce mémoire?

R. Il a, j'aimerais consulter quelqu'un, d'accord.

43. Q. Monsieur Macdonald, vous voulez peut-être parler au général. Je veux que l'on comprenne qu'il s'agit de mon contre-interrogatoire et je ne veux pas d'interruptions constantes. Je ne veux pas qu'on lui donne les réponses. Il a signé un affidavit de 40 pages dans lequel il s'est présenté comme une autorité sur ce système et il devrait être en mesure de répondre aux questions.

MONSIEUR MACDONALD: Il y a des domaines au sujet desquels le général a besoin d'aide et de renseignements,

details of the system will not be immediately at hand and that is why he has Lieutenant-Colonel Carter and Captain Partner here.

There may be times when he will require some assistance which is normal in an examination for discovery. [sic] I don't see anything objectionable about him stopping from time to time to get that assistance.

46. Q. Can you tell me in how many cases, to your knowledge, a copy of the submission that goes to you is provided either to the appellant or to his counsel in order that he might comment on it? *b*

A. No, I can't tell you. I would expect—

47. Q. Would—

A. —go ahead—

48. Q. —would you disagree it has never been done? *c*

A. I will not disagree, because I cannot tell you.

49. Q. When you are making the decisions, you receive no direct input from appellant's counsel or the appellant? *d*

A. I receive the input that is put before me. If there has been information provided, then that information will be in there.

50. Q. But that is filtered through your legal staff in the Directorate of Personnel Legal Service, isn't that correct? *e*

A. That is filtered through staff, that is correct, yes.

51. Q. You don't see it at all, that is, the submission, if there was one from the appellant or his defence counsel? *f*

A. I have not, so I can't answer the question beyond that. I would expect if, if there was detailed argument provided, I would expect to see it, because I would expect the staff to act like that. (Ex. 2, pp. 8 to 13)

181. Q. You are aware that lawyers look to appellate courts for guidance in applying various provisions, et cetera, in court, are you aware of that, I take it? *g*

A. Not really.

182. Q. No. In the submissions you receive, and I appreciate you have only in your current capacity received two, is it? *h*

A. Mm hmmm.

183. Q. There would ordinarily be reference to precedents there, would there not? *i*

A. There may be (Ex. 2, p. 37)

230. Q. No, I am talking now of your role as the authority considering appeals on severity of sentence and perhaps *j*

les détails concernant le système ne sont pas toujours immédiatement disponibles et c'est la raison pour laquelle le lieutenant-colonel Carter et le capitaine Partner sont ici.

Il se peut qu'il ait besoin d'aide, ce qui est normal au cours d'un interrogatoire préalable [sic]. Je ne vois rien de mal à ce qu'il s'arrête à l'occasion pour obtenir cette aide.

46. Q. Pouvez-vous me dire dans combien de cas, selon ce que vous savez, une copie du mémoire qui vous est remis est fournie à l'appelant ou à son avocat pour que ceux-ci puissent le commenter?

R. Non, je ne peux pas vous dire. J'imagine . . .

47. Q. Pourriez-vous . . .

R. . . poursuivre . . .

48. Q. Vous ne seriez pas d'accord si je vous disais que ça n'a jamais été fait? *c*

R. Je ne puis être en désaccord, parce que je ne peux pas vous le dire.

49. Q. Lorsque vous rendez les décisions, vous ne recevez aucun renseignement direct de l'appelant ou de son avocat? *d*

R. Je reçois les renseignements qui me sont soumis. Si des renseignements ont été fournis, ils se trouveront dans le mémoire.

50. Q. Mais ce mémoire est d'abord «filtré» par votre personnel juridique de la Direction du service juridique du personnel, n'est-ce pas? *e*

R. C'est exact, oui.

51. Q. Vous ne le voyez pas au complet, c'est-à-dire le mémoire, s'il y en a un qui a été soumis par l'appelant ou son avocat? *f*

R. Je ne le vois pas, alors je ne puis répondre à la question plus que ça. J'imagine que, si des arguments détaillés étaient fournis, j'imagine que je les lirais, parce que je m'attendrais à ce que le personnel agisse en ce sens. (Pièce 2, p. 8 à 13)

181. Q. . . . Vous savez que les avocats s'en remettent aux cours d'appel pour obtenir des critères d'application des diverses dispositions, et ainsi de suite, vous savez ça, j'imagine? *g*

R. Pas vraiment.

182. Q. Non. Dans les mémoires que vous recevez, et je comprends que vous n'en avez reçu que deux comme titulaire du poste que vous occupez actuellement, n'est-ce pas? *h*

R. Hum, hum.

183. Q. Le mémoire renferme habituellement des citations de jurisprudence, n'est-ce pas? *i*

R. Il peut y en avoir. (Pièce 2, p. 37)

230. Q. Non, je parle maintenant de votre rôle comme l'autorité qui examine les appels concernant la sévérité de la sentence et peut-être pourrions-nous revenir un peu en arrière. Le système de la cour martiale est évidemment

we can step back just a little bit. The court-martial system, of course, is an adversarial system, isn't it?

A. Mm hmmm.

231. Q. Do you consider the appeal system, the severity of sentence to be part of that ongoing process or adversarial process?

A. Are we into law here again?

MR. MACDONALD: Yes, we are. If you don't know, say you don't know. If you feel that it is within your area of knowledge, you can answer it, but it is a legal question.

WITNESS: I am not sure that in the sense of law what the answer is, but I think it is fair to answer and say I do not consider it to be part of the adversarial system myself. (Ex. 2, p. 48)

[234] [A] ... I do feel that the judgments applied have inputs permissible from both sides. In the sense of adversarial in arguing in court, if that is what you mean, I don't see it in those terms. I do see other judgments being entered.

235. Q. All right. And under the *National Defence Act* there is no appeal from your decision on severity of sentence. Isn't that so?

A. That is correct. (Ex. 2, pp. 49 & 50)

Lt.-Gen. Fox's credibility in pledging his oath on the provisions of the forty-page, forty-two paragraph affidavit which he swore is not enhanced in the following passage:

236. Q. This affidavit, General, was obviously prepared for you by someone else, wasn't it?

A. There was obviously work done by others, but I have signed this.

237. Q. Yes. Did you see in the course of your being advised on that affidavit you swore, did you see an affidavit that was sworn by General de Chastelain in 1986?

A. No.

238. Q. Were you told that your affidavit was in fact very similar to General de Chastelain's?

A. No. I was told that the argument, that there is argumentation that had been drawn from several sources. (Ex. 2, p. 50)

Regarding the procedure emplaced for severity-of-sentence appeals Lt.-Gen. Fox continued to give *viva voce* testimony, thus:

291. Q. If you are hearing submissions from two sides at a formal hearing, it is likely, is it not, you are going to be taking more time than you would just sitting down read-

un système fondé sur le principe du contradictoire, n'est-ce pas?

R. Hum, hum.

231. Q. Considérez-vous que le système des appels concernant la sévérité de la sentence fait partie de cette procédure courante ou de ce système fondé sur le principe du contradictoire?

R. Parlons-nous encore de droit?

M. MACDONALD: Oui. Si vous ne le savez pas, dites que vous ne le savez pas. Si vous pensez que vous le savez, vous pouvez répondre à la question, mais c'est une question qui porte sur un point de droit.

LE TÉMOIN: Je ne suis pas certain de la réponse selon le sens de la loi, mais je pense qu'il est équitable de répondre et de dire que je n'estime pas que le système des appels fait partie du système fondé sur le principe du contradictoire. (Pièce 2, p. 48)

[234] [R] ... J'estime que les jugements appliqués sont fondés sur des données des deux parties. Contradictoire dans le sens de débattre devant la cour, si c'est ce que vous voulez dire, je ne le vois pas de cette façon-là. Je vois d'autres jugements qui sont inscrits.

235. Q. D'accord. Et selon la *Loi sur la défense nationale*, il ne peut y avoir d'appel de votre décision sur la sévérité de la sentence, n'est-ce pas?

R. C'est exact. (Pièce 2, p. 49 et 50)

La crédibilité du lieutenant-général Fox, qui a signé sous serment cet affidavit de quarante pages et de quarante-deux paragraphes, n'est pas renforcée par les réponses suivantes:

[TRADUCTION]

236. Q. Cet affidavit, général, a manifestement été préparé pour vous par une autre personne, n'est-ce pas?

R. Il y a évidemment du travail qui a été fait par d'autres, mais j'ai signé ça.

237. Q. Oui. Pendant qu'on vous informait au sujet de cet affidavit que vous avez fait sous serment, avez-vous vu un affidavit qui a été fait sous serment par le général de Chastelain en 1986?

R. Non.

238. Q. Vous a-t-on dit que votre affidavit était très semblable à celui du général de Chastelain?

R. Non, on m'a dit que les arguments avaient été tirés de plusieurs sources. (Pièce 2, p. 50)

En ce qui a trait à la procédure en usage à l'égard des appels sur la sévérité de la sentence, le lieutenant-général Fox a poursuivi son témoignage *viva voce* en ces termes:

[TRADUCTION]

291. Q. Si vous entendez les arguments des deux parties au cours d'une audience officielle, il est probable, n'est-ce pas, que vous prendrez plus de temps que si vous lisez

ing a submission prepared for you by DPLS after vetting anything that they have?

A. It probably would, and certainly if it was done frequently. (Ex. 2, p. 63)

358. Q. Perhaps I can put it another way. Would you agree it would be impractical from a military perspective to hold hearings on appeals on severity of sentence?

A. We would have great difficulty with it in practical terms, in the sense of time practicality and so on. (Ex. 2, p. 77)

403. Q. ... Your senior legal adviser has said there should be no problem with releasing the [DPLS's] submission, providing there is compliance with the *Privacy Act*, *Access to Information Act* and whatever other law may be applied here, you agree with that, General?

A. Yes.

404. Q. And I understand that in Captain Partner's experience, and he has been the Director of Personnel Legal Services since 1985, there have only been two occasions in which there have been releases to a lawyer dealing with an appeal on severity of sentence of these submissions going to you, or at least a synopsis of it, is that correct?

A. Yes.

405. Q. And that the lawyer could be provided with a summary and if he had anything to comment on he could send that in and then that would be digested and dealt with in terms of the submission going to you, correct?

A. Correct.

408. Q. In general you agree that there is no provision under the *National Defence Act* or the regulations or orders that, currently at least, that provide for an appellant or his counsel to obtain that material, inviting him to or giving him permission to do so?

A. There is nothing that invites him to nor gives him permission nor certainly nothing that precludes, that would give him that idea either. (Ex. 2, pp. 87 & 88)

Another deponent, Capt. (N) William Arthur Reed was cross-examined on his filed affidavit and the transcript is exhibit 4. Capt. (N) Reed was Capt. (N) Partner's immediate predecessor as DPLS, serving in that role from January 1981 to summer of 1984. He testified as follows:

283. Q. Now during the time you were in DPLS and dealing with appeals on severity of sentence, it was not the policy

simplement un mémoire que le DSJP a préparé pour vous après l'avoir «corrigé»?

R. C'est probable et ce serait certainement le cas si cela se faisait fréquemment. (Pièce 2, p. 63)

358. Q. Je pourrais peut-être vous poser la question d'une autre façon. Seriez-vous prêt à admettre qu'il ne serait pas pratique, du point de vue militaire, de tenir des audiences dans le cas des appels concernant la sévérité de la sentence?

R. Il nous serait très difficile de le faire en pratique, en raison des contraintes de temps, et ainsi de suite. (Pièce 2, p. 77)

403. Q. ... Votre conseiller juridique principal a dit qu'il ne devrait pas y avoir d'obstacle à la communication du mémoire [du DSJP], pourvu que la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, la *Loi sur l'accès à l'information* et toute autre loi pertinente soient respectées, vous êtes d'accord avec ça, général?

R. Oui.

404. Q. Et je comprends que, d'après l'expérience qu'a vécue le capitaine Partner, et il a été directeur du service juridique du personnel depuis 1985, il est arrivé deux fois seulement que l'on ait communiqué à un avocat le mémoire qui vous est transmis au sujet d'un appel sur la sévérité de la sentence, ou du moins un résumé de ce mémoire, c'est ça?

R. Oui.

405. Q. Et que l'avocat pouvait obtenir un résumé et, s'il avait des commentaires à ajouter, il pouvait les envoyer et ces commentaires seraient lus et intégrés dans le mémoire qui vous est remis, c'est ça?

R. C'est ça.

408. Q. En général, vous reconnaissez qu'il n'y a aucune disposition dans la *Loi sur la défense nationale* ou dans les ordonnances ou règlements, du moins pour l'instant, qui permet à l'appelant ou à son avocat d'obtenir ce document, qui l'invite à le faire ou qui lui donne l'autorisation de le faire?

R. Il n'y a rien qui l'invite à le faire ou qui l'autorise à le faire et il n'y a certainement rien qui empêche, qui lui donnerait cette idée-là non plus. (Pièce 2, p. 87 et 88)

Un autre déposé, le capitaine (N) William Arthur Reed, a été contre-interrogé au sujet de l'affidavit qu'il a déposé et dont la transcription se trouve à la pièce 4. Le capitaine (N) Reed était le prédécesseur immédiat du capitaine (N) Partner comme DSJP, poste qu'il a d'ailleurs occupé de janvier 1981 jusqu'à l'été 1984. Il a témoigné comme suit:

[TRADUCTION]

283. Pendant la période au cours de laquelle vous étiez DSJP et au cours de laquelle vous avez reçu des appels concernant

to send out letters to the appellant or his counsel inviting submissions, isn't that correct?

A. I'm just trying to take my mind back. I know that I have discussed appeals as to severity of sentence in, when I was in the office of the Director of Personnel Legal Services with civilian counsel who were representing an accused.

284. Q. They may have phoned to find out what it is all about kind of thing?

A. I don't know how, but it was initiated.

285. Q. But there was no policy to send out letters, was there?

A. I don't believe there was.

286. Q. No. There is nothing in regulations, orders or the Act that provides for counsel or the appellant to make submissions to ADM/Per?

A. Well, the Act provides that he can, provides for severity of appeal and the regulation provides for the form and the form provides for reasons to be advanced.

287. Q. That form though, sir, after all in the block dealing with appeals on severity of sentence is about two and a half inches long, isn't it, that is served on the accused, isn't it?

A. That is correct. (Ex. 4, pp. 66 & 67)

291. Q. But no case comes to mind in which ADM/Per did not accept your recommendations, isn't that fair to say?

A. Nothing springs to mind, no. (Ex. 4, p. 68)

The procedure is fully explained. It is woefully deficient. Of course an appellant's solicitor could always write a letter addressed directly to the ADM(Per) setting out the appellant's submissions on appeal against severity of sentence. In a free and democratic country anyone is free to write a letter to an official office-holder. However, that freedom does not impose a correlative obligation upon the official to read and to consider those submissions in terms of the appeal. He may, and the Court concludes upon the affidavits filed and the answers expressed on the cross-examination, would most probably simply ignore such submissions as being extraneous to the deficient procedure which has been invented and applied in severity-of-sentence appeals.

The appellant/applicant's right to fair procedure, to fundamental justice to the benefit of *audi alteram partem* are simply denied in this procedure, in which he is obliged to make his submissions to the decision-maker through the offices and

la sévérité de la sentence, n'était-ce pas la politique d'envoyer des lettres à l'appelant ou à son avocat afin de leur demander de soumettre leurs arguments?

R. J'essaie de me souvenir. Je sais que j'ai discuté de certains appels sur la sévérité de la sentence, lorsque j'étais directeur du service juridique du personnel, avec un avocat au civil qui représentait un prévenu.

284. Q. Ils ont peut-être téléphoné pour savoir de quoi il s'agissait?

R. Je ne sais pas comment, mais c'était commencé.

285. Q. Mais il n'y avait pas de politique prévoyant que des lettres devraient être envoyées, n'est-ce pas?

R. Je ne crois pas qu'il y en avait.

286. Q. Non. Il n'y a aucune disposition dans le règlement, les ordonnances ou la Loi qui permet à l'appelant ou à son avocat de soumettre des arguments au SMA(Per)?

R. La Loi prévoit qu'il peut, elle prévoit qu'il peut y avoir un appel de la sévérité, le règlement renferme la formule à utiliser et la formule contient un énoncé des motifs pouvant être invoqués.

287. Q. Cependant, cette formule, qui se trouve dans la case des appels relatifs à la sévérité de la sentence, est une formule d'environ deux pouces et demi de long, n'est-ce pas, c'est ça qui est remis au prévenu?

R. C'est ça. (Pièce 4, p. 66 et 67)

291. Q. Mais je ne crois pas qu'il y ait eu des cas où le SMA (Per) n'a pas accepté vos recommandations, n'est-ce pas?

R. Aucun cas ne me vient à l'esprit, non. (Pièce 4, p. 68)

La procédure est pleinement expliquée. Elle est terriblement déficiente. Bien entendu, l'avocat d'un appelant pourrait toujours écrire une lettre directement au SMA(Per) pour lui exposer les arguments de son client au sujet de l'appel à l'encontre de la sévérité de la sentence. Dans une société libre et démocratique, chacun est libre d'écrire une lettre à une personne qui occupe un poste officiel. Cependant, cette liberté n'impose pas à l'autorité une obligation correspondante de lire et d'examiner ces arguments à l'égard de l'appel. Elle peut ignorer ces observations comme étant extérieures à la procédure déficiente qui a été inventée et appliquée dans les appels concernant la sévérité de la peine et la Cour conclut, à la lumière des affidavits déposés et des réponses données en contre-interrogatoire, que c'est probablement ce qu'elle fera.

Le droit de l'appelant/requérant à une procédure équitable, à la justice fondamentale et au bénéfice de la règle *audi alteram partem* est tout simplement nié dans cette procédure, par laquelle il est obligé de soumettre ses arguments destinés à l'ins-

judgment of the decision-maker's subordinate assistant official. Honourable as the DPLS of the day may be, as one would surely expect, at least most of the time, he or she is distinctly not the appellant's advocate. In acting as the DPLS does in such matters, he or she effectively obstructs the appellant from direct access to the ADM(Per) who is, in turn, blocked from "hearing" from the appellant, although designated to make the ultimate decision on severity.

There is no fundamental justice inherent in that process. It violates the applicant's right to fundamental justice in proceeding where his liberty is at stake and which result in his sentence of imprisonment remaining unchanged on appeal. It violates fundamental justice to require the appellant (applicant here) to transmit his representations for mitigation of sentence through the perceptions of the DPLS who, (if Lt.-Gen. Fox and Capt. (N) Reed are to be believed in their enthusiasm for all things military and naval) simply must be bearing an institutional bias, with all his professional formation, dedication and position subordinate to the ADM(Per). At the very least an appellant ought to have a copy of the DPLS's submission or memorandum first, and then a clear opportunity to place his own or his counsel's submissions, last, directly before the designated authority, presently the ADM(Per), without any intermediary intervention. These considerations are of especial importance because there is no appeal from the decision of the ADM(Per) under the present dispensation.

The applicant urged further that he ought to have had the opportunity to have his submissions expressed orally at a hearing conducted by the designated authority. Also, on behalf of the applicant it was urged that the whole tenor of Lt.-Gen. Fox's and Capt. (N) Reed's affidavits and cross-examinations, exhibits 2 and 4 respectively, (which the applicant's counsel commended in their entirety for the insights they provide) demonstrate clearly that an independent adjudicator is constitutionally needed for severity-of-sentence appeals. It is a strong point of principle with the respondents that a Canadian Forces member is the only sort of adjudicator suited to the role for severity-of-sentence appeals. To have dislodged the ADM(Per) or other general officer from the the functions of

tance décisionnelle au jugement du fonctionnaire subalterne de cette instance. Si honorable que soit le DSJP du jour, comme on pourrait sûrement s'y attendre, du moins la plupart du temps, il n'est manifestement pas l'avocat de l'appellant. En agissant comme il le fait dans ces cas-là, il empêche l'appellant d'avoir directement accès au SMA (Per) qui, à son tour, est empêché d'entendre l'appellant, bien qu'il soit désigné pour rendre la décision finale sur la sévérité de la sentence.

Il n'y a pas de justice fondamentale dans cette procédure. Elle viole le droit du requérant à la justice fondamentale dans un litige où sa liberté est en jeu et à la suite duquel sa peine d'emprisonnement demeure inchangée en appel. Elle viole la justice fondamentale en exigeant de l'appellant (le requérant en l'espèce) qu'il transmette ses arguments sur la sévérité de sa sentence au DSJP, qui (à en juger par l'enthousiasme du lieutenant-général Fox et du capitaine (N) Reed pour toutes les choses militaires et navales) doit tout simplement avoir un préjugé institutionnel, compte tenu de sa formation professionnelle, de son dévouement et de son poste de subalterne relevant du SMA(Per). À tout le moins, l'appellant devrait d'abord avoir une copie du mémoire du DSJP et, par la suite, il devrait avoir la possibilité de présenter ses propres arguments ou ceux de son avocat, en dernier lieu, directement devant l'autorité désignée, qui est actuellement le SMA(Per), sans aucune intervention de la part d'un intermédiaire. Ces mesures sont d'autant plus importantes qu'il ne peut y avoir d'appel actuellement de la décision du SMA(Per).

Le requérant soutient qu'il aurait dû avoir la possibilité de présenter ses arguments verbalement à une audience tenue devant l'autorité désignée. Il a ajouté que tout le contenu des affidavits et contre-interrogatoires du lieutenant-général Fox et du capitaine (N) Reed, soit respectivement les pièces 2 et 4 (que l'avocat de l'appellant a jugés fort éclairants), indique clairement qu'un arbitre indépendant est nécessaire, sur le plan constitutionnel, pour les appels concernant la sévérité de la sentence. Selon un grand principe que défendent les intimés, seul un membre des Forces canadiennes convient comme arbitre dans les appels concernant la sévérité de la sentence. Pour déloger le SMA(Per) ou un autre fonctionnaire général de son poste d'arbitre en l'espèce, le requérant aurait

adjudicator in this case would have required the applicant to bring action for a declaration of the constitutional invalidity of sections 233 and 212 of the NDA, according to the decision of this Court's Appeal Division in *Wilson v. Minister of Justice*, [1985] 1 F.C. 586. Therefore the challenge to the existence of the very institution of the Minister's designated military authority in this kind of matter is obviated in this case.

The question of an oral hearing for severity-of-sentence appeals is not so easily resolved. Here is the applicant facing a four-month term of "the most severe deprivation of liberty known to our law" as Wilson J. noted in the *Wigglesworth* decision, above cited [at page 12]. It exacts "the highest procedural protection known to our law", which involves an oral or in-person hearing. Such, also, was the major premise of both of the *Singh* case's unanimous divisions of the Supreme Court of Canada. Each of those divisions however expressed its own particular minor premise to the effect that an oral hearing is not always essential, so long as the applicant can "state his case and know the case he has to meet" as Madame Justice Wilson stated in *Singh* (at page 214). The other division of the Supreme Court of Canada, for whom Mr. Justice Beetz wrote their opinion in *Singh*, did "not wish to suggest that the principles of fundamental justice will impose an oral hearing in all cases". He said that the "most important factors in determining . . . fundamental justice in a given case are the nature of the legal rights at issue and the severity of the consequences to the individuals concerned" (at page 229). The "severity" referred to by Beetz J. is to be understood in a qualitative sense, not a quantitative sense. Admittedly, the term of imprisonment imposed here is relatively short for a fourth offence, although for the third offence the applicant's rank had been reduced from major to captain. Nevertheless, according to the majority judgment in *Wigglesworth*, imprisonment is "the most severe deprivation of liberty known to our law" and, in the present case, this Court is not concerned with the term of the applicant's imprisonment, but with the fairness of the appeal process.

été tenu d'intenter une action en vue de faire déclarer inconstitutionnels les articles 233 et 212 de la LDN, conformément à la décision que la Cour d'appel a rendue dans *Wilson c. Ministre de la Justice*, [1985] 1 C.F. 586. En conséquence, on évite en l'espèce de mettre en cause l'existence de l'institution même de l'autorité militaire désignée par le ministre dans ce genre de litige.

La question de la tenue d'une audience à l'égard des appels sur la sévérité de la sentence n'est pas si simple à résoudre. Le requérant fait face ici à une peine d'emprisonnement (quatre mois), qui constitue «la privation de liberté la plus grave dans notre droit», comme le juge Wilson l'a mentionné dans la décision précitée de *Wigglesworth* [à la page 12]. Cette punition exige «la meilleure protection qu'offre notre droit en matière de procédure», soit une audience verbale ou une audience en personne. Telle a été la principale proposition des deux divisions unanimes de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Singh*. Cependant, chacune de ces divisions a exprimé sa propre prémisse mineure selon laquelle une audience verbale n'est pas toujours essentielle, en autant que la partie requérante peut «exposer sa cause et savoir ce qu'elle doit prouver», comme l'a dit le juge Wilson dans l'arrêt *Singh* (à la page 214). L'autre division de la Cour suprême du Canada, au nom de laquelle le juge Beetz a rédigé l'opinion dans *Singh*, ne voulait «pas laisser entendre que les principes de justice fondamentale exigent la tenue d'audition dans tous les cas». Il a dit que «Les facteurs les plus importants lorsqu'il s'agit de déterminer le contenu de la justice fondamentale . . . dans un cas donné sont la nature des droits en cause et la gravité des conséquences pour les personnes concernées» (à la page 229). La «gravité» à laquelle le juge Beetz fait allusion doit être comprise dans un sens qualitatif et non quantitatif. Il est vrai que la peine d'emprisonnement imposée dans ce cas-ci est relativement courte pour une quatrième infraction, même si, pour la troisième, le requérant a été rétrogradé de major à capitaine. Néanmoins, selon le jugement majoritaire rendu dans l'arrêt *Wigglesworth*, l'emprisonnement constitue «la privation de liberté la plus grave dans notre droit» et, dans le présent litige, notre Cour n'a pas à examiner la durée de l'emprisonnement du requérant, mais l'équité de la procédure d'appel.

The respondents would compare the applicant's plight under military law with what it might have been, if he had been convicted and sentenced in a civilian court. They point to the necessity of obtaining leave (almost invariably accorded) pursuant to paragraph 675(1)(b) of the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46] in order to appeal against the sentence imposed for a conviction on indictment, if the sentence be not fixed by law. They point also to the Attorney General's necessity of obtaining leave, pursuant to paragraph 676(1)(d) [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 139] of the *Criminal Code*, in order to appeal against the sentence imposed for a conviction on indictment, if the sentence be not fixed by law. The respondents also point to the possibility, pursuant to section 685 of the *Criminal Code*, whereby the provincial court of appeal may summarily dismiss a frivolous or vexatious appeal involving only a question of law, without calling on anyone to attend the session which is referred to as a "hearing". In addition the respondents point to section 687 of the *Criminal Code* pursuant to which, if the sentence be not fixed by law, the Court of Appeal may vary the sentence (by diminishing, or increasing the term) within the limits prescribed by law, even if the Crown seeks no increase in the terms of the sentence. Finally, the respondents mention section 688 of the *Criminal Code* whereby it is provided that, in certain circumstances, an appellant who is in custody and represented by counsel, or an appellant who wishes to present his case on appeal in writing instead of orally, is not entitled to be present at the hearing of his appeal. Basically section 688 sets out a few exceptions from the right of an appellant in custody to attend. An appellant at large has the unqualified right, in common with that of the public at large, to attend the hearing of his or her appeal.

As against the above-mentioned provisions of the *Criminal Code*, the respondents note:

k) Under the provisions of the *National Defence Act* a convicted person has an absolute right of appeal against the severity of sentence and there is no right of the Crown to cross appeal nor is there any provision for the sentence to be increased upon the hearing [*sic*] of the appeal.

The respondents' counsel spoke on their behalf most articulately, but after all was said, it remains

Les intimés voudraient comparer le sort qu'a connu le requérant à la suite de l'application de la justice militaire à celui qu'il aurait pu avoir s'il avait été jugé et condamné par un tribunal civil. Ils soulignent la nécessité d'obtenir une autorisation (qui est presque toujours accordée) conformément à l'alinéa 675(1)b) du *Code criminel* [L.R.C. (1985), chap. C-46] pour en appeler de la sentence imposée à la suite d'une déclaration de culpabilité sur acte d'accusation, si la sentence n'est pas celle que fixe la loi. Ils soulignent que le procureur général est tenu, conformément à l'alinéa 676(1)d) [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), chap. 27, art. 139] du *Code criminel* obtenir l'autorisation pour en appeler de la peine imposée à la suite d'une déclaration de culpabilité sur acte d'accusation, si la sentence n'est pas celle que fixe la loi. En outre, les intimés mentionnent la possibilité, conformément à l'article 685 du *Code criminel*, que la cour d'appel d'une province donnée renvoie sommairement un appel frivole ou vexatoire qui comporte une simple question de droit sans assigner de personnes à la séance qui est appelée «audition». Qui plus est, les intimés citent l'article 687 du *Code criminel* selon lequel, si la sentence n'est pas celle que fixe la loi, la Cour d'appel peut la modifier (en diminuant ou augmentant la durée de la peine) dans les limites prescrites par la loi, même si la Couronne ne présente aucune demande à cet égard. Enfin, les intimés mentionnent l'article 688 du *Code criminel* qui prévoit que, dans certaines circonstances, un appellant qui est détenu et représenté par un avocat ou un appellant qui désire présenter sa cause en appel par écrit plutôt que verbalement n'a pas le droit d'être présent à l'audition de son appel. Essentiellement, l'article 688 énonce quelques exceptions au droit d'un appellant détenu d'être présent à l'audition. En général, l'appellant a le droit absolu, tout comme l'ensemble des citoyens, d'assister à l'audition de son appel.

Les intimés notent ce qui suit à l'égard des dispositions précitées du *Code criminel*:

[TRADUCTION] k) Selon les dispositions de la *Loi sur la défense nationale*, une personne reconnue coupable d'une infraction a un droit d'appel absolu à l'égard de la sévérité de sa sentence et la Couronne n'a pas le droit de faire un appel reconventionnel; en outre, il n'y a aucune disposition permettant à la Cour d'alourdir la peine après l'audition de l'appel.

Bien que l'avocat des intimés se soit exprimé d'une façon très articulée, après tout ce qui a été dit, il

difficult to fathom their asserted comparison of the general criminal law with the military disciplinary law, especially in light of the respondents' emphatic averments that military law is a highly developed, finely-tuned, close-to-perfect integrity (Lt.-Gen. Fox's affidavit and cross-examination) in which the precepts of civilian law could be seen as virtually foreign elements. Perhaps the respondents' posture then is meant to convey the notion that Capt. Duncan, the applicant, is one lucky officer not to have been involved in the toils of the civilian law. That may well be so indeed, but it is irrelevant, for the respondents cannot thereby gloss over the constitutional deficiencies in the procedure someone invented and they adopted. The possibly worse plight of a civilian accused or appellant affords no justification whatever for depriving military appellants of fundamental justice. Who, after all, can know whether the applicant in civilian life would have been subject to the same intensity of the stresses of a skillful aeroplane pilot and superb leader of service personnel, as he has been in his military career; and if so, how he would have otherwise coped with such stresses? There may possibly be less excuse—in a moral sense—for committing offences in civilian life; but such a consideration introduces philosophizing of a kind which has little or no place in this litigation.

The respondents invoke the provisions of section 1 of the Charter which states that it “guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society” [emphasis not in original text]. The Court finds that the respondents have not demonstrated any justifiable limit, prescribed by law, for excluding the applicant's access to fundamental justice, or fair procedures, by denying him and/or his counsel direct access to the decision-maker who, after all, must “hear” if he or she is also to make such important decisions.

est difficile de comprendre la comparaison qu'ils veulent faire entre le droit pénal général et le droit disciplinaire militaire, surtout si l'on tient compte des affirmations énergiques des intimés selon lesquelles la justice militaire est une institution très sophistiquée dont l'intégrité est presque parfaite (affidavit et contre-interrogatoire du lieutenant-général Fox) et au regard de laquelle les principes du droit civil (non-militaire) pourraient être considérés comme des éléments pour ainsi dire étrangers. Les intimés sous-entendent peut-être que le capitaine Duncan, le requérant, est chanceux d'avoir évité les embûches du droit civil. Ils ont peut-être raison, mais ce n'est pas pertinent, parce que les intimés ne peuvent dissimuler les lacunes constitutionnelles de la procédure qu'une personne a inventée et qu'ils ont adoptée. On ne saurait invoquer le sort peut-être plus malheureux que connaîtrait un prévenu ou un appelant au civil pour priver de la justice fondamentale les appelants dans le domaine militaire. Après tout, qui peut savoir si le requérant, dans la vie civile, aurait fait l'objet de contraintes aussi intenses que celles qu'il a connues au cours de sa carrière militaire comme pilote d'aéroplane compétent et excellent chef du personnel de service et, dans l'affirmative, comment aurait-il pu faire face autrement à ces contraintes? La perpénétration d'infractions dans la vie civile se justifie peut-être moins, sur le plan moral, mais l'examen de cette possibilité nous amène à des considérations philosophiques qui débordent le cadre du présent litige.

Les intimés invoquent les dispositions de l'article 1 de la Charte, qui se lit comme suit: «La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique» [non souligné dans le texte original]. La Cour est d'avis que les intimés n'ont pas démontré de limite justifiable prescrite par une règle de droit, laquelle permettrait de refuser au requérant l'accès à la justice fondamentale ou aux procédures équitables en l'empêchant ou en empêchant son avocat d'avoir directement accès à la personne qui se prononcera sur son cas et qui, après tout, doit «l'entendre» avant de prendre une décision aussi importante.

There is no identified emergency, nor any overwhelmingly high order of administrative convenience, nor yet any other specie of official, State, or military exigency which this Court can perceive, for obliging appellants to filter their submissions as to severity of sentence through the DPLS in order to have them placed before the ADM(Per) for his or her careful, open-minded consideration. Such consideration (which is not subject to further appeals) needs to be undertaken after direct access—*audi alteram partem*—lest the principles of fundamental justice be vitiated, in this free and democratic society. Whatever military discipline requires, it is clear that it does not require stripping members of the Armed Forces of the dignity of making their own submissions personally or by counsel, directly to the officer designated to judge their appeals in mitigation of sentence severity. Section 1 of the Charter is not applicable to these circumstances.

Now where do the parties stand? The respondents, at least for the time being, have preserved their much touted institution of a truly military official to adjudicate severity-of-sentence appeals. On what is, quite frankly, a razor's edge decision the Court, *haesitante*, exercises its discretion against declaring the written as distinct from oral process in severity appeals to be constitutionally unacceptable.

For the purposes of this litigation only, it seems that an oral hearing was not strictly necessary, if the applicant's submissions could have been laid directly before the ADM(Per) after his counsel had had the opportunity to review finally what the DPLS had submitted. Such a procedure would be akin to reply in oral argument. The applicant, even before he initiated these proceedings has been spared the ignominy and potential financial detriment of dismissal under QR & O article 114.08(2), not carried out pursuant to subsection 178(2) [now 206(2)] of the NDA. The respondent's counsel confirms that the applicant is now to be honourably discharged as one for whom no useful employment is presently available. He still faces, however, the four-month term of imprison-

La Cour n'a décelé aucune urgence, raison administrative prépondérante ou autre espèce d'exigence officielle, nationale ou militaire qui justifie que l'on impose aux appelants l'obligation de présenter d'abord au DSJP leurs arguments concernant la sévérité de la sentence pour que celui-ci les soumette à l'examen ouvert et attentif du SMA (Per). Cet examen (qui ne peut faire l'objet d'autres appels) doit nécessairement être fait une fois que la règle de l'accès direct (*audi alteram partem*) est appliquée, faute de quoi les principes de justice fondamentale qui caractérisent notre société libre et démocratique seront violés. Quelle que soit la sanction militaire requise, il est évident que cette mesure n'exige pas que l'on enlève aux membres des Forces armées le droit de présenter leurs propres arguments, que ce soit personnellement ou par l'entremise de leur avocat, directement à l'autorité désignée pour statuer sur leurs appels relatifs à la sévérité de la sentence. L'article 1 de la Charte ne s'applique pas dans ces circonstances.

Que signifie tout cela pour les parties? Les intimés, du moins pour l'instant, ont préservé leur précieuse institution, soit celle de la détermination des appels sur la sévérité de la sentence par une autorité militaire. Bien qu'il s'agisse d'une question fort épineuse, la Cour, non sans hésiter, n'est pas prête à déclarer, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, que la procédure écrite par opposition à la procédure verbale dans les appels sur la sévérité de la sentence est constitutionnellement inacceptable.

Aux fins du présent litige uniquement, il semble qu'une audience verbale n'était pas strictement nécessaire, dans la mesure où le requérant aurait pu soumettre ses arguments directement au SMA (Per) une fois que son avocat aurait eu la possibilité d'examiner le document préparé par le DSJP. Cette procédure ressemblerait à une réponse aux arguments verbaux. Avant même que le requérant ne dépose la présente requête, on lui a épargné le déshonneur et le préjudice financier pouvant découler d'une destitution en application de l'article 114.08(2) des O & RR, laquelle destitution n'a pas été ordonnée suivant le paragraphe 178(2) [maintenant 206(2)] de la LDN. L'avocat des intimés confirme que le requérant sera libéré honorablement à titre de personne pour laquelle aucun

ment imposed by the SCM and, by virtue of the applicant's appeal, he still faces it as the considered disposition of the ADM(Per) through that unconstitutional process.

Should the Court now merely acknowledge the applicant's civic spirit in bringing that process to the Court's attention so that it might be found and declared to be contrary to section 7 of the Charter? Should the Court now merely adjure the respondents to do better in future? It is clear, as both counsel agreed, that in so far as the applicant's appeal is concerned, the ADM(Per) is *functus officio*. In fact the present incumbent of that office is not the incumbent who was in place at the material time. There is no authority in the legislation to refer the matter for proper adjudication by the present incumbent who in terms of his office is *functus*. But even if there were such authority, it would not be appropriate to exercise it, in view of the present incumbent's affidavit and counsel's vigorous cross-examination of him on it; and nothing pejorative or disrespectful is intended by this observation. The matter of accordng a remedy is always discretionary on the Court's part.

One further matter puts the exercise of discretion beyond hesitancy. It will be remembered that Capt. (N) Partner stated in his affidavits that the applicant's counsel had presented "detailed and comprehensive arguments why his client's appeal should be allowed", and that he, Capt. (N) Partner, gave them "full consideration" when he transmitted his submissions and recommendations to the ADM(Per). These statements may be seen in paragraphs 10 and 11, above quoted, from Capt. (N) Partner's affidavit. Now what did the DPLS truly transmit to the ADM(Per) in regard to the applicant's appeal? A true copy of it is exhibit 1 in these proceedings. Paragraph 9 of exhibit 1 tells all about those "detailed and comprehensive arguments" and "oral representations". It runs as follows:

9. (P) In his statement of appeal as to the severity of the sentence (Flag "A"), Capt. Duncan argued that the sentence is

emploi utile n'est disponible à l'heure actuelle. Cependant, le requérant fait encore face à la peine d'emprisonnement de quatre mois imposée par la CMP et, en raison de son appel, il s'agit d'une peine qui découlerait de cette décision réfléchie prise par le SMA(Per) dans le cadre de cette procédure inconstitutionnelle.

La Cour devrait-elle simplement reconnaître la vertu civique dont le requérant a fait montre en signalant cette procédure à son attention pour qu'elle la déclare contraire à l'article 7 de la Charte? Devrait-elle simplement sommer les intimés de faire mieux à l'avenir? Comme les deux avocats l'ont reconnu, il est évident que, en ce qui a trait à l'appel du requérant, le SMA(Per) est dessaisi du cas. Effectivement, la personne qui occupe actuellement ce poste n'est pas celle qui était en place au moment pertinent. Il n'y a aucune disposition dans la législation qui permet de renvoyer le cas pour qu'il soit étudié de façon appropriée par le titulaire actuel qui, en raison du poste qu'il occupe, est *functus*. Cependant, même si cette disposition existait, il ne serait pas approprié de l'appliquer, compte tenu de l'affidavit de l'actuel titulaire du poste et du contre-interrogatoire serré dont il a fait l'objet de la part de l'avocat, et cette remarque n'a rien de péjoratif ou d'irrespectueux à mon sens. La Cour a toujours le pouvoir discrétionnaire d'accorder une réparation.

Il y a un autre élément qui incite la Cour à exercer sans hésitation son pouvoir discrétionnaire. On se rappellera que le capitaine (N) Partner a déclaré, dans ses affidavits, que l'avocat du requérant avait présenté [TRADUCTION] «des arguments détaillés et complets au sujet de la raison pour laquelle l'appel de son client devrait être accueilli» et que lui, le capitaine (N) Partner, a examiné «pleinement» ces arguments lorsqu'il a transmis son mémoire et ses recommandations au SMA (Per). Ces déclarations se trouvent aux paragraphes 10 et 11 précités de l'affidavit du capitaine (N) Partner. Qu'est-ce que le DSJP a vraiment remis au SMA(Per) à l'égard de l'appel du requérant? Une copie conforme de ce document se trouve à la pièce 1 dans la présente cause. Au paragraphe 9 de cette pièce, il est question de tous «ces arguments détaillés et complets» et des «observations verbales». Il se lit comme suit:

[TRADUCTION] 9. (P) Dans sa déclaration d'appel concernant la sévérité de la sentence (Annexe «A»), le capitaine Duncan a

excessive under all circumstances. His lawyer who is representing him on this appeal has not provided further particulars. [Emphasis not in original text.]

That is all! One must wonder if Capt. (N) Partner had then, on January 29, 1989, forgotten all about those “detailed and comprehensive arguments” and “oral representations” to which he gave “full consideration”; and then remembered them all again, but too late for the ADM(Per), when he came to swear to the truth of his affidavit. Or by “full consideration” does he mean that he weighed the arguments and representations and found them wanting, thereby sparing the ADM(Per) from the trouble of engaging his mind about them.

If anything confirms the apprehension about short-circuiting good principles in the name of various kinds of “efficiency”, so that one can leave it to the unsuperintended to run their own show, this is it. This failure on Capt. (N) Partner’s part exemplifies a deficient process hopelessly deficiently operated and applied. This failure stiffens one’s resolve to see the principles of fundamental justice thoroughly and always applied, just as the Charter exacts, unless some demonstrable justification permits their relaxation. Apparently, there still is no good substitute for *audi alteram partem*, for obliging the decision-maker also to “hear” personally, and for making one’s own or for presenting one’s counsel’s representations directly to the decision-maker. Clearly, the applicant’s counsel would never have acquiesced in that submission containing that paragraph 9 being transmitted by the DPLS to the ADM(Per) if counsel had been given the opportunity to review the DPLS’s submission beforehand. These considerations predicate the exercise of the Court’s discretion in the applicant’s favour.

Because of the incurable and basic constitutional deficiencies in process invented for appeals against severity of sentence (no opportunity for the appellant or counsel to review the DPLS’s memorandum of submissions to the ADM(Per) before the latter makes a decision about severity; and no opportunity for the appellant or counsel to place his, her or their own representations directly before that designated decision-maker) the Court will exercise its powers pursuant to subsection

soutenu que la sentence est excessive, compte tenu de toutes les circonstances. L’avocat qui le représente dans son appel n’a pas fourni d’autres détails. [Non souligné dans le texte original.]

C’est tout! On doit se demander si le capitaine (N) Partner avait, le 29 janvier 1989, oublié tous ces «arguments détaillés et complets» et ces «observations verbales» qu’il a «pleinement étudiés», et s’il s’en est souvenu par la suite, mais trop tard pour le SMA(Per), lorsqu’il est venu déclarer sous serment la véracité de ses affidavits. Peut-être veut-il dire, par les mots «pleinement étudiés», qu’il a soupesé les arguments et observations et les a jugés déficients, épargnant par le fait même au SMA(Per) le souci de les examiner?

S’il y a une chose qui confirme la crainte que des principes valables ne soient court-circuités au nom de «l’efficacité», ce qui permettrait aux personnes non supervisées d’agir à leur guise, c’est cette omission du capitaine (N) Partner. Elle indique l’application d’une procédure irrémédiablement déficiente. Elle renforce le désir de veiller à ce que les principes de justice fondamentale soient appliqués de façon rigoureuse dans tous les cas, comme l’exige la Charte, à moins que l’on ne puisse démontrer une excuse qui en permet l’assouplissement. Apparemment, il n’y a pas encore de règle valable qui remplace la règle *audi alteram partem* et l’obligation qu’a l’instance décisionnelle «d’entendre» la partie concernée personnellement et de prendre sa propre décision et il n’y a rien qui remplace le droit pour une personne de présenter ses arguments, que ce soit personnellement ou par l’entremise de son avocat, directement à cette instance. De toute évidence, l’avocat du requérant n’aurait jamais toléré que le DSJP transmette directement au SMA(Per) ce mémoire renfermant ce paragraphe 9, s’il avait eu la possibilité de le lire auparavant. Ces facteurs incitent la Cour à exercer son pouvoir discrétionnaire en faveur du requérant.

En raison des lacunes incurables et fondamentales, sur le plan constitutionnel, de la procédure inventée pour les appels se rapportant à la sévérité de la sentence (aucune possibilité pour l’appellant ou son avocat de revoir le mémoire remis par le DSJP au SMA(Per) avant que ce dernier ne rende une décision au sujet de la sévérité et aucune possibilité pour l’appellant ou son avocat de présenter ses observations directement à cette instance décisionnelle désignée), la Cour exerce ses pou-

24(1) of the Charter. Capt. Duncan whose rights or freedoms, as guaranteed by the Charter, have been infringed or denied shall obtain such remedy as the Court considers appropriate in the circumstances, what he sought, which, for want of a more appropriate remedy, is prohibition.

It would not be appropriate, by default, to leave the applicant to be imprisoned after he has demonstrated so clearly the deficiencies of the appeal process which denied him a proper and fair adjudication of his appeal. Nor is it appropriate to signal to the respondents that, despite their hopelessly deficient procedure for dealing with the applicant's appeal (among others), it emerges that the only heavy, hard consequence of their unfair procedure on appeal is to continue to visit imprisonment on the applicant whose right to fundamental justice they violated. The path of justice here seems to lead to the circumvention of the applicant's imprisonment. To some, that would be an injustice in itself, but it would balance off the injustice of the unconstitutional procedure which he was obliged by "the system" to endure. Thus, the path of justice leads to its destination by balancing and compensating for those injustices in such a manner as to avoid irremedial damage to the good principles residing in the law and in the Constitution. The edifice of military justice will not crumble if, in avoiding the imprisonment of the applicant, the imperatives of our country's Constitution be upheld in the result. The reverse would be quite inappropriate because it is the Constitution which is the supreme law of Canada, not the NDA, not the QR & O, and not the invented unconstitutional procedure which was adopted for appeals against severity of sentences.

The respondents shall be, and are, prohibited from imprisoning the applicant in any service detention barracks or other place under their control in relation to the sentence imposed upon him at the conclusion of his Standing Court Martial on April 28, 1988, confirmed by the ADM(Per).

Such being the result, the interim injunction order pronounced by the Honourable Mr. Justice Joyal herein on October 13, 1989, [(1989), 52 C.C.C. (3d) 86 (F.C.T.D.)], with any continuation

voirs conformément au paragraphe 24(1) de la Charte. Le capitaine Duncan, dont les droits et libertés garantis par la Charte ont été violés ou niés, obtiendra la réparation que la Cour juge appropriée dans les circonstances et qui, faute de mieux, est celle qu'il demandait, soit la prohibition.

Il ne conviendrait pas, par défaut, de permettre que le requérant soit emprisonné après qu'il a démontré si clairement les lacunes de la procédure d'appel qui a empêché un règlement approprié et équitable de son appel. Il ne convient pas non plus de signaler aux intimés que, malgré la procédure irrémédiablement déficiente qu'ils ont appliquée pour traiter l'appel du requérant (parmi d'autres), la seule conséquence lourde de cette procédure inéquitable est de confirmer la peine d'emprisonnement du requérant, même s'ils ont violé son droit à la justice fondamentale. La voie de la justice semble mener ici à l'annulation de la peine d'emprisonnement du requérant. Pour certains, ce serait une injustice en soi, mais cette décision compenserait l'injustice créée par la procédure inconstitutionnelle qu'il a été forcé de subir en raison du «système». La voie de la justice mène donc à sa destination en équilibrant et contrebalançant ces injustices de façon à éviter une violation irrémédiable des principes valables de notre droit et de notre Constitution. L'édifice de la justice militaire ne s'écroulera pas si, du fait que le requérant n'est pas emprisonné, les impératifs de la Constitution de notre pays sont respectés. Le résultat inverse serait inapproprié, parce que c'est la Constitution qui est la loi suprême au Canada, et non la LDN, les O & RR ou la procédure inconstitutionnelle qui a été adoptée pour les appels contre la sévérité des sentences.

En conséquence, il est interdit aux intimés d'emprisonner le requérant dans une caserne de détention ou un autre endroit sous leur contrôle à l'égard de la peine qui lui a été imposée à la suite de son audience devant la cour martiale permanente le 28 avril 1988 et confirmée par le SMA (Per).

Tel étant le résultat, l'ordonnance d'injonction provisoire prononcée par l'honorable juge Joyal en l'espèce le 13 octobre 1989 [(1989), 52 C.C.C.

thereof will be and is simultaneously vacated and dissolved.

The respondents shall pay to the applicant's solicitors, his party and party costs of and incidental to these proceedings including previously ordered costs in the cause, forthwith after taxation thereof, unless the parties otherwise freely agree in avoidance of taxation of costs.

(3d) 86 (C.F. 1^{re} inst.)] et tout renouvellement de celle-ci sont annulés et dissous simultanément.

Les intimés paieront aux avocats du requérant ses dépens entre parties dans le présent litige, y compris les dépens précédemment ordonnés dans la cause, dès qu'ils seront taxés, sauf si les parties conviennent librement d'une autre entente pour éviter la taxation des dépens.

A-476-89

A-476-89

Abdul Rassoul Dehghani (Applicant)

v.

Minister of Employment and Immigration (Respondent)

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

Court of Appeal, Pratte, Heald and Mahoney J.J.A.—Toronto, April 30; Ottawa, June 26, 1990.

Immigration — Refugee status — Foreign national arriving by air without proper documentation — Seeking refugee status — Led from primary immigration kiosk to interview room for secondary examination by immigration officer — 4-hour wait — Examination routine — Everyone, including Canadians, detained at port of entry as no one free to enter Canada until immigration officer satisfied person has right to enter — Not, however, “detained” within Charter, s. 10 and therefore not entitled to be advised of right to counsel — Misstatement of credible basis test by adjudicator irrelevant where correct test later stated and applied.

Constitutional law — Charter of Rights — Criminal process — Right to counsel — Foreign national arriving in Canada without proper documentation and seeking refugee status — Led from primary immigration kiosk to interview room for secondary examination by immigration officer — Not “detained” within Charter, s. 10 and therefore not entitled to be advised of right to counsel.

The applicant, a citizen of Iran, arrived in Canada at Pearson International Airport in May 1989 without any travel or identity documents and claimed refugee status. After a primary examination at one of the kiosks before which all deplaning international passengers line up, the applicant was led to an interview room, where he had to wait for four hours, for a secondary examination by an immigration officer. Nervous and frightened, the applicant failed to disclose relevant information: his royalist political activities, the confiscation of his business and the arrest and execution of his daughter.

This was a section 28 application to review and set aside the decision of an adjudicator and an Immigration Refugee Board member (the tribunal) under subsection 46.01(6) of the *Immigration Act* that the applicant did not have a credible basis for his claim to refugee status. The application also sought to have the exclusion order set aside.

Abdul Rassoul Dehghani (requérant)

c.

Ministre de l'Emploi et de l'Immigration (intimé)

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

b Cour d'appel, juges Pratte, Heald et Mahoney, J.C.A.—Toronto, 30 avril; Ottawa, 26 juin 1990.

Immigration — Statut de réfugié — R ressortissant d'un pays étranger arrivant par avion sans documents en règle — Le requérant a revendiqué le statut de réfugié — Après avoir subi un interrogatoire primaire à un poste de contrôle de l'immigration, il a été conduit à une salle d'entrevue où un agent de l'immigration lui a fait subir un second interrogatoire — Attente de quatre heures — Interrogatoire de routine — Chacun, y compris tout citoyen canadien, est détenu lorsqu'il se présente à un point d'entrée, car nul n'est libre d'entrer au Canada tant qu'un agent d'immigration n'est pas convaincu que cette personne a le droit d'y entrer — Le requérant n'a cependant pas été «détenu» au sens de l'art. 10 de la Charte et il n'avait donc pas le droit d'être informé de son droit à l'assistance d'un avocat — Le fait que l'arbitre a fait un exposé erroné du critère relatif au minimum de fondement est sans conséquence si le bon critère a par la suite été énoncé et appliqué.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures criminelles et pénales — Droit à l'assistance d'un avocat — R ressortissant d'un pays étranger arrivant par avion sans documents en règle et revendiquant le statut de réfugié — Après avoir subi un interrogatoire primaire à un poste de contrôle de l'immigration, le requérant a été conduit à une salle d'entrevue où un agent de l'immigration lui a fait subir un second interrogatoire — Il n'a pas été «détenu» au sens de l'art. 10 de la Charte et il n'avait donc pas le droit d'être informé de son droit à l'assistance d'un avocat.

Le requérant, qui est un citoyen de l'Iran, est arrivé au Canada à l'aéroport international Pearson de Toronto en mai 1989 sans document de transport ni pièce d'identité et il a revendiqué le statut de réfugié. Après avoir subi un interrogatoire primaire à l'un des postes de contrôle devant lesquels tous les passagers de vols internationaux qui descendent d'avion font la queue, le requérant a été conduit à une salle d'entrevue où il a dû attendre pendant quatre heures avant d'être interrogé à nouveau par un agent d'immigration. Nerveux et effrayé, le requérant a omis de divulguer des renseignements pertinents: ses activités politiques royalistes, la confiscation de son entreprise et l'arrestation et l'exécution de sa fille.

Il s'agit d'une demande présentée en vertu de l'article 28 en vue de faire réviser et annuler la décision par laquelle un arbitre et un membre de la Section du statut de réfugié (le tribunal administratif) ont conclu, en vertu du paragraphe 46.01(6) de la *Loi sur l'immigration*, que la revendication du statut de réfugié du requérant n'avait pas un minimum de fondement. Le requérant demande également l'annulation de la mesure d'exclusion.

Held (Heald J.A. dissenting), the application should be dismissed.

Per Mahoney J.A.: The applicant had not been detained within the contemplation of section 10 of the Charter during his secondary examination by the immigration officer. There was therefore no obligation to inform him of a right to counsel.

Everyone who seeks admission at a port of entry is detained until an immigration officer is satisfied that he has a right to enter. Such a person is not, however, detained in a constitutional sense. He has not been put in a position by an agent of the State assuming control over his movements. Rather, he has put himself in a position by his own actions in seeking admission. The applicant's state of mind during the examination cannot alter the fact that the examination was routine in nature. The tribunal acted entirely within its terms of reference in assessing both the applicant's credibility and the value of the evidence of his state of mind as a reasonable explanation of the omissions.

The adjudicator did misstate the credible basis (subsection 46.01(6)) test at the beginning of the tribunal's hearing. This was without consequence since the tribunal later stated and applied the correct test in its decision.

Per Heald J.A. (dissenting): Applying the rationale of the Supreme Court of Canada decision in *Therens* to the circumstances of the present case, one must conclude that the applicant was detained within the meaning of paragraph 10(b) of the Charter. The immigration officer, an agent of the State, who conducted the secondary examination had assumed control over the applicant's movements and the applicant was not free to leave the room. The detailed interrogation which took place became part of an inquiry under the *Immigration Act* which led to the issuance of an exclusion order. The applicant acquiesced in the deprivation of his liberty since he reasonably believed that he had no choice to do otherwise. There was a reasonable perception of suspension of freedom of choice and an involuntary restraint of liberty. The applicant was also subject to external restraint. And based on the Supreme Court of Canada decision in *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, this claimant for refugee status, who had been physically present in Canada at all relevant times, was entitled to the protection of section 10. The rationale for section 10 protection in the case of a refugee claimant risking incarceration, torture and even death if forced to return to Iran was just as compelling as in situations where the criminal process was engaged. The applicant was therefore entitled to be advised of his right to counsel. The section 10 violation in this case was a substantive one since the evidence gathered at his interrogation resulted in the issuance of an exclusion order. A persuasive argument can be made in support of the right to counsel for refugee claimants at ports of entry.

The provisions of section 1 of the Charter do not apply in the circumstances of this case. There was no "limit prescribed by

Arrêt (avec la dissidence du juge Heald, J.C.A.): la demande devrait être rejetée.

Le juge Mahoney, J.C.A.: Le requérant n'a pas été détenu au sens de l'article 10 de la Charte au cours de l'interrogatoire secondaire que l'agent d'immigration lui a fait subir. Il n'existait pas d'obligation de l'informer de son droit à l'assistance d'un avocat.

Quiconque sollicite l'admission à un point d'entrée est détenu tant qu'un agent d'immigration n'est pas convaincu que cette personne a le droit d'entrer au Canada. Cette personne n'est cependant pas détenue au sens constitutionnel du terme. Elle n'a pas été mise dans cette situation par un agent de l'État qui a restreint sa liberté d'action. Elle s'est plutôt mise elle-même dans cette situation de son propre chef en sollicitant l'admission. L'état d'esprit dans lequel se trouvait le requérant au cours de l'interrogatoire ne saurait changer le fait qu'il s'agissait d'un interrogatoire de routine. Le tribunal administratif a parfaitement respecté les limites de ses attributions en appréciant la crédibilité du requérant et la valeur du témoignage que celui-ci a donné au sujet de son état d'esprit pour expliquer de façon plausible les omissions.

L'arbitre a effectivement fait un exposé inexact du critère relatif au minimum de fondement (paragraphe 46.01(6)) à l'ouverture de l'audience du tribunal administratif. Cette erreur n'a pas eu de conséquence, car le tribunal administratif a par la suite énoncé et appliqué le bon critère dans sa décision.

Le juge Heald, J.C.A. (dissent): Si l'on applique le raisonnement suivi par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Therens* aux faits de la présente espèce, on est forcé de conclure que le requérant était détenu au sens de l'alinéa 10b) de la Charte. L'agent d'immigration, «un agent de l'État», qui a mené le second interrogatoire du requérant avait restreint la liberté d'action du requérant, qui n'était pas libre de quitter la pièce. L'interrogatoire serré qui a eu lieu faisait partie intégrante de l'enquête prévue à la *Loi sur l'immigration*, laquelle enquête a débouché sur la mesure d'exclusion prise contre le requérant. Le requérant a acquiescé à la privation de sa liberté, étant donné qu'il croyait raisonnablement qu'il n'avait pas le choix d'agir autrement. Il y avait une perception raisonnable de n'avoir vraiment pas le choix et une privation involontaire de liberté. Le requérant a par ailleurs été assujéti à une contrainte extérieure. De plus, suivant l'arrêt *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* de la Cour suprême du Canada, le présent revendicateur du statut de réfugié, qui se trouvait au Canada durant toute l'époque en cause, avait droit à la protection de l'article 10. Les raisons qui justifient de reconnaître la protection de l'article 10 dans le cas d'un revendicateur du statut de réfugié qui risque l'incarcération, la torture et même la mort si on le force à retourner en Iran sont tout aussi convaincantes que celles qui existent lorsque le processus criminel est engagé. Le requérant avait donc le droit d'être informé de son droit à l'assistance d'un avocat. La violation de l'article 10 qui a été commise en l'espèce était une violation de fond étant donné que les éléments de preuve recueillis lors de son interrogatoire ont conduit à la prise d'une mesure d'exclusion. On peut soutenir de façon convaincante que les revendicateurs du statut de réfugié possèdent le droit de consulter un avocat aux points d'entrée.

Les dispositions de l'article premier de la Charte ne s'appliquent pas aux circonstances de la présente affaire. Il n'y a pas

law" within the meaning of section 1 which would require that a refugee claimant be deprived of his right to counsel in the circumstances of this case.

In a case such as this where the tribunal has set out both a correct and an incorrect credible basis (subsection 46.01(6)) test on at least two occasions, and where, as here, it was impossible to be certain that the tribunal had applied the correct test, the tribunal must be found to have made a reviewable error.

The tribunal's decision on the issue of credible basis as well as the exclusion order should be set aside.

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, 10(b), 24.

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 6(2), 8, 12(3), 46.01(6) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

DISTINGUISHED:

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; *Arduengo v. Minister of Employment and Immigration* (1981), 40 N.R. 436 (F.C.A.); *Kimbudi v. Minister of Employment and Immigration* (1982), 40 N.R. 566 (F.C.A.).

REFERRED TO:

R. v. Simmons, [1988] 1 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; 889 N.R. 1; 30 O.A.C. 241; *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640; (1988), 40 C.C.C. (3d) 411; 63 C.R. (3d) 1; 32 C.R.R. 257; 4 M.V.R. (2d) 185; 84 N.R. 347; *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1; *R. v. Kwok* (1986), 31 C.C.C. (3d) 196; 18 O.A.C. 38 (Ont. C.A.); *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233; (1987), 41 D.L.R. (4th) 301; 34 C.C.C. (3d) 385; 58 C.R. (3d) 97; 76 N.R. 198; *Sloley v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, A-364-89, Heald J.A., judgment dated 22/2/90, F.C.A., not yet reported; *Lee v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, A-401-89, Heald J.A., judgment dated 22/2/90, F.C.A., not yet reported.

de «restriction prescrite par une règle de droit» au sens de l'article premier qui exigerait qu'un revendicateur du statut de réfugié soit privé de son droit à l'assistance d'un avocat dans les circonstances de la présente affaire.

a Dans une situation comme celle-ci, dans laquelle le tribunal administratif a énoncé à la fois un critère correct et un critère erroné au sujet du minimum de fondement (paragraphe 46.01(6)) à au moins deux reprises et lorsque, comme en l'espèce, il est impossible de savoir avec certitude s'il a appliqué le bon critère, il faut conclure que le tribunal administratif a commis une erreur donnant ouverture à une révision.

b Il y a lieu d'annuler la décision rendue par le tribunal administratif sur la question du minimum de fondement ainsi que la mesure d'exclusion.

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, 10b), 24.

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. 6(2), 8, 12(3), 46.01(6) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), chap. 28, art. 14).

JURISPRUDENCE

DISTINCTION FAITE AVEC:

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; *Arduengo c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1981), 40 N.R. 436 (C.A.F.); *Kimbudi c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1982), 40 N.R. 566 (C.A.F.).

DÉCISIONS CITÉES:

R. c. Simmons, [1988] 1 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; 889 N.R. 1; 30 O.A.C. 241; *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640; (1988), 40 C.C.C. (3d) 411; 63 C.R. (3d) 1; 32 C.R.R. 257; 4 M.V.R. (2d) 185; 84 N.R. 347; *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1; *R. v. Kwok* (1986), 31 C.C.C. (3d) 196; 18 O.A.C. 38 (C.A. Ont.); *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233; (1987), 41 D.L.R. (4th) 301; 34 C.C.C. (3d) 385; 58 C.R. (3d) 97; 76 N.R. 198; *Sloley c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, A-364-89, juge Heald, J.C.A., jugement en date du 22-2-90, C.A.F., encore inédit; *Lee c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, A-401-89, juge Heald, J.C.A., jugement en date du 22-2-90, C.A.F., encore inédit.

AUTHORS CITED

Hogg, P. W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed.
Toronto: The Carswell Company Limited, 1985.

COUNSEL:

Pia Zambelli for applicant.
Donald A. MacIntosh for respondent.

SOLICITORS:

Jackman, Silcoff, Zambelli, Toronto, for
applicant.
Deputy Attorney General of Canada for
respondent.

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

HEALD J.A. (*dissenting*): This section 28 [*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7] application seeks to review and set aside a decision dated August 1, 1989 by Adjudicator S. P. Roberts and Immigration Refugee Board member, R. White (the tribunal) and made pursuant to subsection 46.01(6) of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985 [c. I-2 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14)], wherein the tribunal decided that the applicant did not have a credible basis for his claim to Convention refugee status. Additionally, the section 28 application asks that the exclusion order also made by Adjudicator Roberts on August 1, 1989, be set aside.

The record before us consisted of the transcript of the proceedings before the Adjudicator and the proceedings before the tribunal. In addition and pursuant to the order of Pratte J.A. dated April 4, 1990, there was added to the record, an affidavit by the applicant dated August 30, 1989 which relates the circumstances surrounding his examination by an Immigration Officer upon his arrival in Canada on May 13, 1989.

At the oral hearing before us, counsel for the applicant raised five issues in support of this application for judicial review. The Court did not

DOCTRINE

Hogg, P. W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed.
Toronto: The Carswell Company Limited, 1985.

a AVOCATS:

Pia Zambelli pour le requérant.
Donald A. MacIntosh pour l'intimé.

b PROCUREURS:

Jackman, Silcoff, Zambelli, Toronto, pour le
requérant.
Le sous-procureur général du Canada pour
l'intimé.

c

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

LE JUGE HEALD, J.C.A. (*dissent*): La Cour est saisie d'une demande fondée sur l'article 28 [*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7] par laquelle le requérant sollicite l'examen et l'annulation d'une décision datée du 1^{er} août 1989 rendue par l'arbitre S. P. Roberts et par le commissaire R. White de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (le tribunal administratif) en vertu du paragraphe 46.01(6) de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985) [chap. I-2 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), chap. 28, art. 14)]. Dans cette décision, le tribunal administratif a conclu que la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention du requérant n'avait pas un minimum de fondement. En outre, le requérant sollicite, dans sa demande fondée sur l'article 28, l'annulation de la mesure d'exclusion prise également par l'arbitre Roberts le 1^{er} août 1989.

Le dossier qui nous a été soumis était constitué de la transcription de la procédure qui a été engagée devant l'arbitre et de celle qui s'est déroulée devant le tribunal administratif. En outre, et conformément à l'ordonnance rendue le 4 avril 1990 par le juge Pratte, J.C.A. on a versé au dossier un affidavit souscrit par le requérant le 30 août 1989 dans lequel celui-ci relate les circonstances entourant l'interrogatoire que lui a fait subir un agent d'immigration à son arrivée au Canada le 13 mai 1989.

À l'audition qui a eu lieu devant nous, l'avocate du requérant a fait valoir cinq moyens pour appuyer sa demande de révision judiciaire. La

find it necessary to hear the respondent on three of those issues.¹ We did, however, hear submissions from both counsel on the remaining two issues namely:

(1) whether the tribunal exceeded its jurisdiction by violating the applicant's right to counsel enshrined in paragraph 10(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]];²

(2) whether the tribunal exceeded its jurisdiction by applying the wrong test in making the determination which it was required to make pursuant to subsection 46.01(6) of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2,

THE FACTS

The applicant, 52 years of age, arrived in Canada at Pearson International Airport, Toronto, on May 13, 1989 without any travel or identity documents. He is an illiterate person in that he does not read or write (other than his own name) in his mother tongue (Farsi). It is also certain that, at all relevant times, he did not understand English, the language in which all of the procedures in issue were conducted. He said that he was fleeing persecution in his home country of Iran. He is the father of four children. He has been a royalist sympathizer since 1984, that is, he was a supporter of the Shah of Iran. He urged his children to be royalist sympathizers as well. His daughter, Mahboobeh, in particular, became very active in support of the royalist cause. Consequently, she was arrested, detained and finally executed. Prior to his daughter's arrest, he learned that the authorities were investigating his activities as well. His family's food coupons were stopped as well as shipments of supplies for his business. Immediately after the execution of his daughter, he and his family went into hiding. He left Iran for Turkey on April 21, 1989. This was the last time he saw his

¹ Those issues were: (a) The tribunal ignored or failed to consider the documentary evidence before it; (b) the tribunal failed to properly assess the applicant's credibility; and (c) all the errors alleged, when taken concurrently, amount to reviewable error of law.

² Paragraph 10(b) reads:

10. Everyone has the right on arrest or detention

(b) to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right; . . .

Cour n'a pas jugé nécessaire d'entendre l'intimé sur trois de ces moyens¹. Nous avons toutefois entendu les prétentions des deux avocats sur les deux autres questions litigieuses, à savoir:

^a (1) Le tribunal administratif a-t-il outrepassé sa compétence en violant le droit du requérant à l'assistance d'un avocat qui est constitutionnellement affirmé à l'alinéa 10b) 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]]?²

^b (2) Le tribunal administratif a-t-il outrepassé sa compétence en appliquant le mauvais critère pour rendre la décision qu'il était tenu de rendre aux termes du paragraphe 46.01(6), de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), chap. I-2?

LES FAITS

Le requérant, qui est âgé de 52 ans, est arrivé au Canada à l'aéroport international Pearson de Toronto le 13 mai 1989 sans document de transport ni pièce d'identité. C'est un illettré, car il ne sait ni lire ni écrire (exception faite de son nom) sa langue maternelle (le persan). Il est par ailleurs constant que, durant toute l'époque en cause, il ne comprenait pas l'anglais, langue dans laquelle toute la procédure en litige s'est déroulée. Il affirme qu'il s'est enfui de son pays d'origine, l'Iran, par crainte d'y être persécuté. Il est père de quatre enfants. Il est un sympathisant royaliste depuis 1984; en d'autres termes, il était un partisan du Shah d'Iran. Il exhortait ses enfants à être des sympathisants royalistes aussi. Sa fille, Mahboobeh, s'est notamment occupée très activement de défendre la cause royaliste. En conséquence, elle a été arrêtée, détenue, puis finalement exécutée. Avant l'arrestation de sa fille, il a appris que les autorités enquêtaient aussi sur ses activités. On a cessé de distribuer des cartes de rationnement à sa famille et de livrer des fournitures à son entreprise. Immédiatement après l'exécution de sa fille, lui et les membres de sa famille se sont cachés. Il a

¹ Voici les moyens en question: a) Le tribunal administratif n'a pas tenu compte de la preuve documentaire dont il disposait; b) Le tribunal administratif a mal évalué la crédibilité du requérant; c) Toutes les erreurs reprochées, prises globalement, constituent une erreur de droit donnant ouverture à une révision.

² L'alinéa 10b) est ainsi conçu:

10. Chacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention:

b) d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit;

family. In early May of 1989 he learned from his wife in Iran by way of a telephone call that the Iranian government had confiscated his business. He said that his main concern was to get out of Iran, that he had at an earlier time applied for a Canadian visa which application was refused. He had also applied for a U.S. visa in December of 1988 but did not receive one.

The applicant's affidavit of August 30, 1989 picks up the narrative upon his arrival in Canada on May 13, 1989 from Turkey. The statements of the applicant in that affidavit are uncontradicted since he was not cross-examined thereon even though the order of Mr. Justice Pratte adding the affidavit to the record, expressly granted leave to cross-examine. Paragraphs 7 to 16 inclusive of his affidavit read as follows:

7. This is what happened to me when I arrived at Toronto airport from my perspective. After leaving the plane I walked down a long hallway and then waited in line to see what to my mind was a policeman inside a little booth. I was carrying a false passport at the time, and I was nervous. The first policeman told me I would have to see someone else in another part of the airport. I followed his directions and waited there for about four hours. The waiting was difficult for me to endure, because my fate was uncertain, and because of the realization that I was finally seeking permanent asylum from Iran.

8. Finally, a different policeman called me to his desk. It was by this time the evening. I was then interviewed for about two hours. The interview took place at the man's desk. I was sitting in a chair facing him. I was very nervous and frightened. There was a Farsi interpreter there also, but I got the feeling that he wasn't that good of an interpreter. For example, I was born on the 8th of the Iranian calendar month of Estand, but the interpreter kept interpreting it as the 9th of Estand.

9. The officer asked me why I had come to Canada. I told him that my basic aim was to be a refugee, but that I wanted to be in Canada for the purpose of working to better myself and my family. He asked me whether I wanted to be introduced to the Iranian consulate. I told him I did not. Then he asked me if my life would be in danger, if I went back to Iran, and I answered yes. He asked me if I was opposed to the Islamic regime, and I said that I was. He asked me if I was a sympathizer of any political parties in Iran such as the Mojahedeen or the Fedayeen-al-Khalq. I told him I was not. Then I told him my date of birth and other information of the same nature. I showed him some documents that I had brought with me showing ownership of a house in Iran. He also asked me, if I wanted to return to Iran and I said I did not, and he told me that I could make a refugee claim. He also wrote a report on

quitté l'Iran pour la Turquie le 21 avril 1989. C'est la dernière fois qu'il a vu sa famille. Au début du mois de mai de 1989, sa femme, qui était demeurée en Iran, lui a appris par téléphone que le gouvernement iranien avait confisqué son entreprise. Il a déclaré que sa principale préoccupation était de sortir de l'Iran, qu'il avait déjà demandé un visa canadien et que sa demande avait été refusée. Il avait également demandé sans succès un visa des États-Unis en décembre de 1988.

Dans son affidavit du 30 août 1989, le requérant poursuit le récit des événements à compter de son arrivée au Canada le 13 mai 1989 en provenance de la Turquie. Les déclarations faites par le requérant dans cet affidavit ne sont pas contredites, étant donné qu'il n'a pas été contre-interrogé à leur sujet même si dans l'ordonnance conformément à laquelle l'affidavit a été ajouté au dossier, le juge Pratte, J.C.A. a expressément accordé l'autorisation de le contre-interroger. Voici le texte des paragraphes 7 à 16 inclusivement de son affidavit:

[TRANSCRIPTION] 7. Voici, de mon point de vue, ce qui s'est produit à mon arrivée à l'aéroport de Toronto. Après avoir quitté l'avion, j'ai descendu un long corridor et j'ai ensuite fait la queue afin de rencontrer ce qui m'a semblé être un policier dans une petite cabine. J'avais sur moi un faux passeport à ce moment-là; j'étais nerveux. Le premier policier m'a dit qu'il me faudrait voir quelqu'un dans une autre salle de l'aéroport. J'ai suivi ses indications et j'ai attendu dans cette salle pendant environ quatre heures. J'ai trouvé cette attente difficile à supporter, parce que mon sort était incertain et parce que je me rendais compte que je demandais finalement l'asile permanent après m'être enfui de l'Iran.

8. Finalement, un autre policier m'a appelé à son bureau. La nuit était tombée à ce moment-là. On m'a ensuite interrogé pendant environ deux heures. L'entrevue a eu lieu au bureau de cet homme. J'étais assis en face de lui sur une chaise. J'étais très nerveux et effrayé. Il y avait aussi un interprète persan, mais j'avais l'impression qu'il n'était pas un très bon interprète. Par exemple, je suis né le 8 du mois d'esfand selon le calendrier iranien, mais l'interprète répétait que j'étais né le 9 d'esfand.

9. L'agent m'a demandé pourquoi j'étais venu au Canada. Je lui ai répondu que mon objectif fondamental était d'être un réfugié, mais que je voulais vivre au Canada dans le but d'y travailler pour améliorer ma condition et celle de ma famille. Il m'a demandé si je voulais qu'on me présente au consulat iranien. Je lui ai répondu que je ne le voulais pas. Il m'a ensuite demandé si ma vie serait en danger si je retournais en Iran et j'ai répondu par l'affirmative. Il m'a demandé si je m'opposais au régime iranien et je lui ai répondu par l'affirmative. Il m'a demandé si j'étais partisan d'un mouvement politique quelconque en Iran, comme les moudjahiddin ou les feddayin-al-Khalq. Je lui ai répondu par la négative. Je lui ai ensuite donné ma date de naissance et d'autres renseignements du genre. Je lui ai montré certains documents que j'avais apportés avec moi qui établissaient que j'étais propriétaire d'une maison en Iran. Il

me alleging that I was not admissible to Canada, because I had false travel documents.

10. I did not tell the man the whole truth about my situation, but I feel that I had a good reason for what I did. First of all, prior to my arrival in Canada, I had no knowledge whatsoever about Canada's refugee laws. All that I knew was what the smuggler had told me, which was not to say too much at the airport. I did not know what Canada's attitude towards refugees from Iran was. I worried that Canada had good relations with Iran and would not want to hear my claim.

11. What I did know was that I was entering Canada illegally, without proper documents. I was very frightened and in distressed mental state from before I thought the purpose of the interview was for the officer to find a way to send me out of Canada. All I wanted was to say something that would allow me to stay in Canada. That is why I told the officer that I had come to Canada to work, instead of telling him the truth, which was that I was fleeing. I thought Canada would not appreciate me having been involved in politics, so I did not tell the officer of my political activities in Iran, or of my daughter's execution. As far as I was concerned, I believed that it was possible that Canada could deport me immediately back to Iran without a hearing. Therefore, I felt it was crucial that I not say the wrong thing; however, I had no way of knowing what the "wrong" thing or the "right" thing, for that matter, was.

12. There was no question in my mind at the time that the person who was interviewing me was a policeman. Of course, I know better now. I assumed that he was a policeman, because I was brought to his office by the first man I saw, whom I assumed was a policeman, because he was wearing a uniform. Furthermore, my only frame of reference was that I knew of the airport in Iran, which is staffed by law enforcement officials of the Islamic regime. In Iran the airport is a very sensitive place, and the government has complete control of monitoring travellers and checking everyone's documents. I had never heard of an Immigration officer before.

13. I had had experience with the police. When I was back in Iran several times they had come to my home to search it. On these occasions, they would lock me in my bedroom and interrogate me. While they were interrogating me, they beat me and told me not to make any noise. It is also common knowledge in Iran that when a person is summoned before the Pasdaran, interrogation is often accompanied by beating. This was my first experience with Canadian authorities, and I judged them by Iranian standards. As a result, I was afraid that any minute I might be mistreated, if I gave a wrong answer. This seems a foolish assumption now, but at the time I was fresh from my ordeal in Iran and was not thinking clearly.

14. During the interview, I felt very conscious of the fact that I had broken Canadian law, by coming in without proper travel documents. I felt that I had been arrested. I felt that I would either be sent to jail or sent back to Iran after I was inter-

m'a également demandé si je voulais retourner en Iran et je lui ai répondu que je ne le voulais pas; il m'a expliqué que je pouvais revendiquer le statut de réfugié. Il a également rédigé à mon sujet un rapport dans lequel il a allégué que je ne pouvais être admis au Canada parce que j'avais de faux documents de voyage.

a 10. Je n'ai pas raconté à cet homme toute la vérité au sujet de ma situation, mais j'estime que j'avais une bonne raison d'agir ainsi. Tout d'abord, avant d'arriver au Canada, je ne connaissais absolument rien des lois canadiennes relatives aux réfugiés. Les seules choses que je savais, je les tenais du passeur, qui m'avait recommandé de ne pas trop parler à l'aéroport. Je ne connaissais pas l'attitude du Canada envers les réfugiés en provenance de l'Iran. Je craignais que le Canada n'ait pas de bonnes relations avec l'Iran et qu'on ne veuille pas entendre ma revendication.

b 11. Ce que je savais, c'était que j'entrais au Canada illégalement avec de faux documents. J'avais très peur et j'étais bouleversé parce que je croyais que le but de l'entrevue consistait pour l'agent à trouver une façon de m'expulser du Canada. Mon seul désir était de dire quelque chose qui me permettrait de demeurer au Canada. C'est la raison pour laquelle j'ai dit à l'agent que je venais au Canada pour y travailler, au lieu de lui dire la vérité, c'est-à-dire que j'y cherchais refuge. Je pensais que le Canada verrait d'un mauvais œil le fait que je m'étais mêlé de politique; je n'ai donc pas parlé à l'agent de mes activités politiques en Iran ou de l'exécution de ma fille. De mon point de vue, je pensais qu'il était possible que le Canada me renvoie sur-le-champ en Iran sans m'accorder d'audience. En conséquence, j'estimais qu'il était primordial que je ne dise pas la mauvaise chose; cependant, il m'était impossible de savoir ce qui était la «bonne» chose ou la «mauvaise» chose.

c 12. J'avais à ce moment-là la conviction que la personne qui m'interrogeait était un policier. Je sais maintenant que ce n'était pas le cas. J'ai présumé que c'était un policier parce que j'ai été escorté jusqu'à son bureau par le premier homme que j'ai vu. J'avais présumé que, parce qu'il portait un uniforme, cet homme était un policier. De plus, mon seul cadre de référence était l'aéroport, en Iran, qui est pourvu d'officiers chargés de faire respecter la loi qui font partie du régime iranien. En Iran, l'aéroport est un point très névralgique, et l'État contrôle entièrement la surveillance des voyageurs et la vérification des documents de chacun. Je n'avais jusqu'alors jamais entendu parler d'agent d'immigration.

d 13. J'avais déjà eu affaire à la police. Lorsque je vivais en Iran, la police avait à plusieurs reprises fouillé ma maison. On m'avait alors enfermé à l'intérieur de ma chambre et on m'avait interrogé. Pendant qu'on m'interrogeait, on m'avait battu et on m'avait dit de ne pas faire de bruit. Par ailleurs, en Iran, chacun sait que lorsqu'une personne est convoquée devant les pasdaran, l'interrogatoire est souvent accompagné d'une raclée. C'était ma première expérience avec les autorités canadiennes et je les jugeais selon les normes iraniennes. En conséquence, j'avais peur d'être maltraité d'un instant à l'autre si je ne donnais pas la bonne réponse. Cette présomption semble maintenant insensée, mais à ce moment-là, je venais tout juste de subir mon épreuve en Iran et je n'avais pas les idées claires.

e 14. Au cours de l'entrevue, j'étais très conscient du fait que j'avais enfreint la loi canadienne en me présentant avec des documents de voyage falsifiés. Je pensais qu'on m'avait arrêté. Je pensais qu'on m'emprisonnerait ou que me renverrait en Iran

viewed. When I was in the waiting room I was anxious to have my situation with being allowed to stay in Canada was [sic] resolved, so in that respect I was willing to speak to Canadian authorities. Nevertheless, while I thought I might have been able to leave the waiting room, I felt that this was not permissible and that I would be stopped by the other "policemen" who were all around. Certainly, when I was being examined by the second officer, I felt that, although he was very courteous, I had to do what he told me to do. Certainly I did not feel that I could leave the room any time I wanted.

15. I was not advised that I could consult a lawyer until the interview with the officer was over. When the officer had determined that I was a refugee claimant, he advised me that I had a right to designated counsel to help me put forward my claim. I did not ask for a lawyer at the beginning of the interview, because I felt that, because I had come into Canada without proper documentation, I had no rights before the authorities, and they could do as they wished with me.

16. The Officer made notes of what I said to him at the interview. Attached hereto and marked as Exhibit "A" to this my affidavit is a true copy of his notes.

THE CONSTITUTIONAL ISSUE—
PARAGRAPH 10(B) OF THE CHARTER

It is evident from the tribunal's reasons that in reaching its conclusion, the tribunal considered, *inter alia*, the applicant's personal information form (Ex. P-1), the very extensive evidence of the applicant at the inquiry, as well as the notes taken by the Immigration Officer at the port of entry of his examination of the applicant. These notes were entered as Exhibit C-3 at the inquiry. At page 93 of the transcript, the tribunal stated:

Therefore this panel is not satisfied with your credibility and trustworthiness . . . And therefore, you have failed to establish that there is any credible or trustworthy evidence . . . And therefore, we have determined that you do not have a credible basis for your claim.

The transcript reveals that the tribunal did not believe the following statements by the applicant:

- (a) that he had been a royalist sympathizer;
- (b) that his daughter had been executed;
- (c) that he did not know the whereabouts of his wife and children;
- (d) that his property was confiscated; and
- (e) that his actions were consistent with those of a person fleeing persecution.

après m'avoir interrogé. Pendant que j'étais dans la salle d'attente, j'étais impatient de faire résoudre la question de mon autorisation de demeurer au Canada; à cet égard, j'étais donc disposé à parler aux autorités canadiennes. Néanmoins, même si je pensais que je pouvais quitter la salle d'attente, j'estimais que cela n'était pas permis et que je serais arrêté par les autres «policiers» qui se trouvaient partout dans l'aéroport. Certes, pendant que le second agent m'interrogeait, je pensais que même s'il était très courtois, je devais faire ce qu'il me disait de faire. Je ne pensais certainement pas que je pouvais quitter la salle quand je le voulais.

15. Ce n'est qu'après l'entrevue qu'on m'a informé que je pouvais consulter un avocat. Après m'avoir reconnu le statut de réfugié, l'agent m'a informé que j'avais droit à l'assistance d'un avocat désigné pour m'aider à présenter ma revendication. Je n'ai pas demandé à voir un avocat au début de l'entrevue parce que je pensais qu'étant arrivé au Canada avec des documents falsifiés, je n'avais aucun droit devant les autorités et qu'on pouvait faire ce qu'on voulait de moi.

16. L'agent a consigné les déclarations que je lui ai faites au cours de l'entrevue. J'annexe sous la cote A au présent affidavit une copie conforme des notes qu'il a prises.

d

LA QUESTION CONSTITUTIONNELLE
L'ALINÉA 10B) DE LA CHARTE

Il ressort à l'évidence des motifs qu'il a prononcés, que, pour en venir à sa conclusion, le tribunal administratif a notamment tenu compte du formulaire de renseignements personnels du requérant (pièce P-1), du témoignage très détaillé que le requérant a donné lors de l'enquête, ainsi que des notes prises par l'agent d'immigration au point d'entrée lors de l'interrogatoire du requérant. Ces notes ont été déposées sous la cote C-3 à l'enquête. À la page 93 du procès-verbal, le tribunal administratif a déclaré:

[TRADUCTION] En conséquence, le tribunal n'est pas convaincu de votre crédibilité et de la véracité de vos déclarations . . . Et en conséquence, vous n'avez pas établi qu'il existait des éléments de preuves crédibles ou dignes de foi . . . Nous en sommes donc venus à la conclusion que votre revendication n'a pas un minimum de fondement.

h

La transcription révèle que le tribunal administratif n'a pas cru les déclarations suivantes du requérant:

- a) qu'il avait été un sympathisant royaliste;
- b) que sa fille avait été exécutée;
- c) qu'il ne savait pas où se trouvaient sa femme et ses enfants;
- d) que ses biens avaient été confisqués;
- e) que ses actes dénotaient qu'il fuyait la persécution.

It is also apparent from the transcript, (pages 91 and 92) that the tribunal relied heavily on Exhibit C-3. I am satisfied that Exhibit C-3 played a decisive role in the adverse findings of credibility by the tribunal.

In the context of the factual situation at bar then, it is necessary to examine counsel's submission that, at the outset of the interview with the applicant which produced Exhibit C-3, the applicant should have been advised by the Immigration Officer of his right to retain and instruct counsel without delay, because he was being "detained" within the meaning of paragraph 10(b) of the Charter. When the applicant left the aircraft, he walked down a long hallway and waited his turn in the primary inspection line. The primary inspection Immigration Officer then diverted him into an interview room for a secondary examination. He waited in that room for approximately four hours. From this time onward, he was being detained within the meaning of paragraph 10(b) according to counsel. As a consequence, it is the further submission of counsel that Exhibit C-3 constituted evidence which was obtained in violation of the applicant's right to counsel as provided by paragraph 10(b) of the Charter.

DISCUSSION

(a) Detention

The first question which must be answered is whether, in the circumstances related *supra*, the applicant can be said to have been "detained" within the meaning of paragraph 10(b). Counsel for the applicant relies on the decision of the Supreme Court of Canada in *R. v. Therens et al.*,³ and more particularly, on the reasons of Mr. Justice Le Dain therein.

The portions of the reasons of Le Dain J. relied upon read as follows (pages 641-642):

The purpose of s. 10 of the *Charter* is to ensure that in certain situations a person is made aware of the right to counsel and is permitted to retain and instruct counsel without delay. The situations specified by s. 10—arrest and detention—are obviously not the only ones in which a person may reasonably require the assistance of counsel, but they are situations in which the restraint of liberty might otherwise effectively pre-

³ [1985] 1 S.C.R. 613.

Il ressort également de la transcription (pages 91 et 92) que le tribunal administratif a beaucoup tablé sur la pièce C-3. Je suis persuadé que la pièce C-3 a joué un rôle décisif dans les conclusions défavorables que le tribunal administratif a tirées au sujet de la crédibilité.

Dans le contexte de la situation factuelle de la présente affaire, il est donc nécessaire d'examiner la prétention de l'avocate suivant laquelle, au début de l'entrevue du requérant qui a donné lieu à la pièce C-3, le requérant aurait dû être informé par l'agent d'immigration de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat, parce qu'il était «détenu» au sens de l'alinéa 10b) de la Charte. Lorsque le requérant a quitté l'avion, il a descendu un long corridor et attendu son tour pour subir un interrogatoire primaire global. L'agent d'immigration chargé de l'interrogatoire primaire global l'a ensuite conduit à une salle d'entrevue pour un second interrogatoire. Il a attendu environ quatre heures dans cette pièce. À partir de ce moment-là, il était, selon son avocate, détenu au sens de l'alinéa 10b). En conséquence, l'avocate soutient en outre que la pièce C-3 constituait un élément de preuve obtenu en violation du droit du requérant à l'assistance d'un avocat prévu par l'alinéa 10b) de la Charte.

DISCUSSION

a) La détention

La première question à laquelle il faut répondre est celle de savoir si, compte tenu des circonstances déjà relatées, on peut dire que le requérant a été «détenu» au sens de l'alinéa 10b). L'avocate du requérant invoque l'arrêt *R. c. Therens et autres*³ de la Cour suprême du Canada, et plus particulièrement les motifs prononcés par le juge Le Dain dans cet arrêt.

Voici les passages des motifs du juge Le Dain sur lesquels se fonde l'avocate (aux pages 641 et 642):

L'article 10 de la *Charte* vise à assurer que, dans certaines situations, une personne soit informée de son droit à l'assistance d'un avocat et qu'elle puisse obtenir cette assistance sans délai. Il est évident que les cas (l'arrestation et la détention) mentionnés expressément à l'art. 10 ne sont pas les seuls où une personne peut avoir raisonnablement besoin de l'assistance d'un avocat, mais qu'il s'agit de situations où l'entrave à la liberté

³ [1985] 1 R.C.S. 613.

vent access to counsel or induce a person to assume that he or she is unable to retain and instruct counsel. In its use of the word "detention", s. 10 of the *Charter* is directed to a restraint of liberty other than arrest in which a person may reasonably require the assistance of counsel but might be prevented or impeded from retaining and instructing counsel without delay but for the constitutional guarantee.

In addition to the case of deprivation of liberty by physical constraint, there is, in my opinion, a detention within s. 10 of the *Charter* when a police officer or other agent of the State assumes control over the movement of a person by a demand or direction which may have significant legal consequence and which prevents or impedes access to counsel. [Emphasis added.]

In *Chromiak* this Court held that detention connotes "some form of compulsory constraint". There can be no doubt that there must be some form of compulsion or coercion to constitute an interference with liberty or freedom of action that amounts to a detention within the meaning of s. 10 of the *Charter*. The issue, as I see it, is whether that compulsion need be of a physical character, or whether it may also be a compulsion of a psychological or mental nature which inhibits the will as effectively as the application, or threat of application, of physical force. The issue is whether a person who is the subject of a demand or direction by a police officer or other agent of the State may reasonably regard himself or herself as free to refuse to comply. [Emphasis added.]

and (pages 643-644):

Any criminal liability for failure to comply with a demand or direction of a police officer must be sufficient to make compliance involuntary. This would be true, for example, of compliance where refusal to comply would amount to a wilful obstruction of a police officer in the execution of his or her duty, contrary to s. 118 of the *Criminal Code*.

Although it is not strictly necessary for purposes of this case, I would go further. In my opinion, it is not realistic, as a general rule, to regard compliance with a demand or direction by a police officer as truly voluntary, in the sense that the citizen feels that he or she has the choice to obey or not, even where there is in fact a lack of statutory or common law authority for the demand or direction and therefore an absence of criminal liability for failure to comply with it. Most citizens are not aware of the precise legal limits of police authority. Rather than risk the application of physical force or prosecution for wilful obstruction, the reasonable person is likely to err on the side of caution, assume lawful authority and comply with the demand. The element of psychological compulsion, in the form of a reasonable perception of suspension of freedom of choice, is enough to make the restraint of liberty involuntary. Detention may be effected without the application or threat of application of physical restraint if the person concerned submits or acquiesces in the deprivation of liberty and reasonably believes that the choice to do otherwise does not exist. [Emphasis added.]

pourrait, par ailleurs, avoir pour effet de rendre impossible l'accès à un avocat ou d'amener une personne à conclure qu'elle n'est pas en mesure d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. En utilisant le mot «détention», l'art. 10 de la *Charte* vise une entrave à la liberté autre qu'une arrestation par suite de laquelle une personne peut raisonnablement avoir besoin de l'assistance d'un avocat, mais pourrait, en l'absence de cette garantie constitutionnelle, être empêchée d'y avoir recours sans délai.

Outre le cas où il y a privation de liberté par contrainte physique, j'estime qu'il y a détention au sens de l'art. 10 de la *Charte* lorsqu'un policier ou un autre agent de l'État restreint la liberté d'action d'une personne au moyen d'une sommation ou d'un ordre qui peut entraîner des conséquences sérieuses sur le plan juridique et qui a pour effet d'empêcher l'accès à un avocat. [C'est moi qui souligne.]

Dans l'arrêt *Chromiak*, cette Cour a conclu que le mot «détention» connote «une certaine forme de contrainte». Il ne fait aucun doute qu'une certaine forme de contrainte ou de coercition doit être exercée pour qu'il y ait atteinte à la liberté ou à la liberté d'action équivalant à une détention au sens de l'art. 10 de la *Charte*. À ce qu'il me semble, la question est de savoir si cette contrainte doit être physique ou s'il peut s'agir également d'une contrainte psychologique ou morale qui a pour effet d'inhiber la volonté tout autant que l'usage, ou la menace d'usage, de la force physique. La question est de savoir si la personne qui fait l'objet d'une sommation ou d'un ordre émanant d'un policier ou d'un autre agent de l'État peut raisonnablement s'estimer libre de refuser d'y obtempérer. [C'est moi qui souligne.]

et (aux pages 643 et 644):

Toute responsabilité criminelle découlant du refus d'obtempérer à une sommation ou à un ordre d'un policier doit suffire pour rendre l'obéissance involontaire. Ce serait le cas, par exemple, de l'obéissance lorsque le refus d'obtempérer reviendrait à entraver volontairement un policier dans l'exécution de son devoir, contrairement à l'art. 118 du *Code criminel*.

Bien que cela ne soit pas strictement nécessaire aux fins du présent litige, j'irais encore plus loin. À mon avis, il est, en règle générale, irréaliste de considérer l'obéissance à une sommation ou à un ordre d'un policier comme un acte réellement volontaire en ce sens que l'intéressé se sent libre d'obéir ou de désobéir, même lorsque la sommation ou l'ordre en question n'est autorisé ni par la loi ni par la *common law*, et que, par conséquent, le refus d'y obtempérer n'entraîne aucune responsabilité criminelle. La plupart des citoyens ne connaissent pas très exactement les limites que la loi impose aux pouvoirs de la police. Plutôt que de s'exposer à l'usage de la force physique ou à des poursuites pour avoir volontairement entravé la police dans l'exécution de son devoir, il est probable que la personne raisonnable péchera par excès de prudence et obtempérera à la sommation en présumant qu'elle est légale. L'élément de contrainte psychologique, sous forme d'une perception raisonnable qu'on n'a vraiment pas le choix, suffit pour rendre involontaire la privation de liberté. Il peut y avoir détention sans qu'il y ait contrainte physique, si la personne intéressée se soumet ou acquiesce à la privation de liberté et croit raisonnablement qu'elle n'a pas le choix d'agir autrement. [C'est moi qui souligne.]

I agree with the applicant's counsel that the rationale of *Therens* applies to the facts of this case. In my view, the Immigration Officer, "an agent of the State" who conducted the secondary examination of the applicant had assumed control over the applicant's movements and the applicant was not free to leave the room or go elsewhere. The Immigration Officer was engaged in a detailed interrogation of the applicant. In the result, this interrogation became an integral part of an inquiry under the *Immigration Act* which led, finally, to the issuance of an exclusion order against him. Based on the uncontradicted evidence of the applicant as set out in his affidavit, it is also apparent that he acquiesced in the deprivation of his liberty since he reasonably believed that he had no choice to do otherwise. In these circumstances, and applying the rationale of *Therens, supra*, I conclude that the applicant was "detained" within the meaning of paragraph 10(b).⁴

It is the submission of the respondent, however, that routine questioning by Immigration Officials, whether at a secondary examination or otherwise, does not constitute a detention until such time as the person being questioned is informed that he will be detained under the *Immigration Act*. Counsel relies on statements by Chief Justice Dickson in the case of *R. v. Simmons*.⁵ In *Simmons*, the accused arrived at Toronto International Airport from Jamaica. She was initially required to attend a primary customs inspection and then a secondary customs inspection. The secondary inspection involved a strip or skin search. This search revealed that she was carrying a quantity of cannabis resin.

After stating that there were three distinct types of border search:

- (a) routine questioning which every traveller undergoes at a port of entry;
- (b) a strip or skin search; and
- (c) a body cavity search.

⁴ To the same effect, see the decision of the Supreme Court of Canada in *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640, at pp. 649-650.

⁵ [1988] 2 S.C.R. 495, at p. 521.

Je suis d'accord avec l'avocate du requérant pour dire que le raisonnement formulé dans l'arrêt *Therens* s'applique aux faits de la présente espèce. À mon avis, l'agent d'immigration, «un agent de l'État», qui a mené le second interrogatoire du requérant avait restreint la liberté d'action du requérant, qui n'était pas libre de quitter la pièce ou d'aller ailleurs. L'agent d'immigration a procédé à un interrogatoire serré du requérant. En conséquence, cet interrogatoire faisait partie intégrante de l'enquête prévue à la *Loi sur l'immigration*, laquelle enquête a finalement débouché sur la mesure d'expulsion prise contre le requérant. D'après le témoignage non contredit que le requérant a donné dans son affidavit, il est par ailleurs évident qu'il a acquiescé à la privation de sa liberté, étant donné qu'il croyait raisonnablement qu'il n'avait pas le choix d'agir autrement. Dans ces conditions, je conclus, en appliquant le raisonnement formulé dans l'arrêt *Therens* précité, que le requérant était «détenu» au sens de l'alinéa 10b)⁴.

L'intimé prétend toutefois que les interrogatoires de routine auxquels procèdent les fonctionnaires de l'Immigration, qu'il s'agisse d'interrogatoires secondaires ou d'autres types d'interrogatoires, ne constituent pas une détention tant que la personne interrogée n'est pas informée qu'elle sera détenue en vertu de la *Loi sur l'immigration*. L'avocat se fonde sur les déclarations faites par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *R. c. Simmons*.⁵ Dans l'arrêt *Simmons*, l'inculpée était arrivée à l'aéroport international de Toronto en provenance de la Jamaïque. On lui a d'abord demandé de se soumettre à l'examen primaire des douanes, puis à un second examen des douanes. Au cours du second examen, on a procédé à une fouille à nu, au cours de laquelle on a découvert sur sa personne de la résine de cannabis.

Après avoir déclaré qu'il existait trois types distincts de fouilles effectuées à la frontière:

- a) l'interrogatoire de routine auquel est soumis à chaque voyageur à un port d'entrée;
- b) la fouille à nu;
- c) l'examen des cavités corporelles;

⁴ Dans le même sens, voir l'arrêt de la Cour suprême du Canada, *R. C. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640, aux p. 649 et 650.

⁵ [1988] 2 R.C.S. 495, à la p. 521.

the Chief Justice commented on the routine questioning referred to in (a) *supra* (at page 517):

No stigma is attached to being one of the thousands of travellers who are daily routinely checked in that manner upon entry to Canada and no constitutional issues are raised. It would be absurd to suggest that a person in such circumstances is detained in a constitutional sense and therefore entitled to be advised of his or her right to counsel.

Thereafter the Chief Justice directed his attention to the strip or skin search referred to in (b) *supra*. He stated (at page 521):

In my view, the appellant was detained when she was required to undergo a strip search pursuant to s. 143 of the *Customs Act*. This result is consistent with both the meaning given to detention in common parlance and with the definition laid out by Le Dain J. in *Therens, supra*. When the customs officer informed the appellant that she was going to be searched, the appellant could not have refused and continued on her way. The customs officer testified that had the appellant attempted to leave, she would have notified the R.C.M.P. In addition, s. 203 of the *Customs Act* makes it an offence to obstruct or to offer resistance to any personal search authorized by the *Customs Act*. At the time of the search the appellant was quite clearly subject to external restraint. The customs officer had assumed control over her movements by a demand which had significant legal consequences.

I am not persuaded by the argument made before us by the Crown that if a strip search is considered a detention, all travellers passing through customs must be seen to be detained and therefore, to have a right to counsel. In *Therens, supra*, Le Dain J. stated that not all communication with police officers and other state authorities will amount to detention within the meaning of s. 10(b) of the *Charter*. This statement is equally valid with respect to the customs situation. I have little doubt that routine questioning by customs officials at the border or routine luggage searches conducted on a random basis do not constitute detention for the purposes of s. 10. There is no doubt, however, that when a person is taken out of the normal course and forced to submit to a strip search, that person is detained within the meaning of s. 10.

In my opinion, the comments by the Chief Justice support the applicant's submissions on this issue rather than those of the respondent. The applicant at bar was in a similar situation to the accused in *Simmons*. He was taken out of the normal course and required to submit to interrogation and, as a consequence, was detained within the meaning of section 10 of the *Charter*. It is said, however, that a secondary immigration inspection cannot be compared to a customs strip search and is in

le juge en chef a formulé les commentaires suivants au sujet de l'interrogatoire de routine susmentionné (à la page 517):

Il n'y a rien d'infamant à être l'un des milliers de voyageurs qui font, chaque jour, l'objet de ce type de contrôle de routine à leur entrée au Canada et aucune question constitutionnelle n'est soulevée à cet égard. Il serait absurde de laisser entendre qu'une personne qui se trouve dans une telle situation est détenue au sens constitutionnel du terme et a le droit, en conséquence, d'être informée de son droit à l'assistance d'un avocat.

Plus loin, le juge en chef s'est penché sur la fouille à nu susmentionnée à l'alinéa b). Il a déclaré (à la page 521):

À mon avis, l'appelante était détenue lorsqu'elle a été contrainte de subir une fouille à nu conformément à l'art. 143 de la *Loi sur les douanes*. Cette conclusion est compatible à la fois avec le sens donné au mot «détention» dans la langue populaire et avec la définition énoncée par le juge Le Dain dans l'arrêt *Therens*, précité. Lorsque l'agent des douanes l'a avisée qu'elle allait subir une fouille, l'appelante n'était pas en mesure de lui opposer un refus et de poursuivre sa route. L'agent des douanes a déposé qu'elle aurait averti la GRC si l'appelante avait tenté de quitter les lieux. De plus, aux termes de l'art. 203 de la *Loi sur les douanes*, constitue une infraction le fait de résister aux perquisitions sur la personne autorisées par la *Loi sur les douanes*. Au moment de la fouille, l'appelante était nettement assujettie à une contrainte extérieure. L'agent des douanes avait restreint sa liberté d'action au moyen d'une sommation qui entraînait des conséquences sérieuses sur le plan juridique.

Je ne suis pas convaincu par l'argument que la poursuite nous a soumis, selon lequel si la fouille à nu constitue une détention alors tous les voyageurs qui passent aux douanes doivent être considérés comme détenus, et, par conséquent, avoir droit à un avocat. Dans l'arrêt *Therens*, précité, le juge Le Dain a affirmé que ce ne sont pas tous les rapports avec des agents de police ou d'autres autorités de l'État qui constituent une détention au sens de l'alinéa 10b) de la *Charte*. Cette déclaration vaut également à l'égard de la situation rencontrée aux douanes. Je ne doute guère que l'interrogatoire de routine auquel procèdent les agents des douanes à la frontière ou la fouille ordinaire des bagages pratiquée au hasard ne constituent pas une détention aux fins de l'art. 10. Il ne fait toutefois aucun doute qu'une personne à qui l'on cesse d'appliquer la procédure normale et que l'on force à subir une fouille à nu est détenue au sens de l'art. 10.

À mon avis, les commentaires du juge en chef appuient les prétentions formulées par le requérant sur la présente question plutôt que celles de l'intimée. Le requérant à l'instance se trouvait dans une situation analogue à celle de l'inculpée dans l'affaire *Simmons*. On a cessé d'appliquer la procédure normale à son égard et on l'a forcé à subir un interrogatoire et, par conséquent, il était détenu au sens de l'article 10 de la *Charte*. On prétend toutefois que l'interrogatoire secondaire de l'immi-

reality simply another form of routine questioning of someone who voluntarily seeks admission to Canada. I do not agree. On these facts there was "a reasonable perception of suspension of freedom of choice" and "an involuntary restraint of liberty". The applicant was also "subject to external restraint". Accordingly, it is my view that the tests for "detention" as set out in the relevant jurisprudence have been satisfied.

Before leaving my consideration of the *Therens* and *Simmons* cases, I should note that in *Simmons*, Madame Justice L'Heureux-Dubé wrote dissenting reasons which were concurred in by Mr. Justice McIntyre. At page 540, she expressed the view that paragraph 10(b) of the Charter does not apply to a border search. In her view:

A border search is not part of the criminal process, but rather part of the process of entering into the country. The searched person's right to counsel would arise if and when she was placed under custody as part of the criminal process.

With every deference it seems to me that the weight of judicial authority does not compel such a strict interpretation. In the case of *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, Madame Justice Wilson, in commenting on the use of the word "everyone" in section 7 of the Charter, said (at page 202):

... I am prepared to accept that the term includes every human being who is physically present in Canada and by virtue of such presence amenable to Canadian law.

Section 10 of the Charter also employs the term "everyone". As was noted by counsel for the appellants in the *Singh* case (at page 202), many other sections of the Charter use more restricted language of application such as "every Canadian citizen" and "permanent residents of Canada". Thus, it seems a reasonable inference that this claimant for refugee status, who has been physically present in Canada at all relevant times is entitled to the protection of section 10. In my view, the rationale for section 10 protection in the circumstances at bar is just as compelling as in situations where the criminal process is engaged. In the context of a criminal proceeding, the rights

gration ne saurait être comparé à une fouille à nu des douanes et qu'il s'agit en réalité d'une autre forme d'interrogatoire de routine d'une personne qui sollicite de son plein gré l'admission au Canada. Je ne suis pas de cet avis. Les faits démontrent qu'il y avait «une perception raisonnable qu'on n'a vraiment pas le choix» et une «une privation involontaire de liberté». Le requérant a par ailleurs été «assujetti à une contrainte extérieure». En conséquence, je suis d'avis qu'on a satisfait aux critères permettant de conclure à une «détermination» qui ont été énoncés dans la jurisprudence pertinente.

Avant de conclure mon examen des arrêts *Therens* et *Simmons*, je tiens à signaler que dans l'arrêt *Simmons*, madame le juge L'Heureux-Dubé a rédigé des motifs de dissidence auxquels le juge McIntyre a souscrit. À la page 540, elle s'est dite d'avis que l'alinéa 10b) de la Charte ne s'applique pas aux fouilles effectuées à la frontière. Selon elle:

Une fouille effectuée à la frontière fait partie non pas du processus criminel, mais plutôt des formalités d'entrée au pays. La personne fouillée aura certes le droit à l'assistance d'un avocat si elle était placée sous garde dans le cadre de procédures criminelles.

En toute déférence, il me semble que la jurisprudence dominante ne permet pas de faire une interprétation aussi restrictive. Dans l'arrêt *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, madame le juge Wilson a déclaré au sujet de l'emploi du mot «chacun» à l'article 7 de la Charte (à la page 202):

... je suis disposée à accepter que ce mot englobe tout être humain qui se trouve au Canada et qui, de ce fait, est assujetti à la loi canadienne.

À l'article 10 de la Charte, on emploie également le terme «chacun». Comme l'avocat des appellants l'a fait remarquer dans l'arrêt *Singh* (à la page 202), on a employé dans de nombreux autres articles de la Charte des expressions plus restrictives comme «tout citoyen canadien» et «résident permanent au Canada». Il semble donc qu'on puisse raisonnablement en inférer que le présent revendicateur du statut de réfugié, qui se trouvait au Canada durant toute l'époque en cause, a droit à la protection de l'article 10. À mon avis, les raisons qui justifient de lui reconnaître la protection de l'article 10 dans les circonstances de la présente espèce sont tout aussi convaincantes que

of an accused person are the subject of meticulous safeguards because there is a possibility of a deprivation of liberty through incarceration. In the case of a refugee claimant such as this claimant, assuming that even a portion of his factual assertions are true, the consequences of his enforced return to Iran could well include incarceration, torture and even death.

For these reasons, then, I conclude that in the circumstances of this case, this applicant was detained within the meaning of paragraph 10(b) of the Charter.

(b) The Right to Counsel

The respondent submits, alternatively, that if the questioning of the applicant by Immigration officials constituted "detention", the applicant was given his Charter rights "without delay" and that section 10 was fully complied with. In support of this submission, counsel relies on the decision of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Kwok*.⁶ In that case, the Court seemed to treat the alleged violation of section 10 there as a technical violation only (at page 208). On this basis, I find the *Kwok* decision distinguishable factually from the case at bar. In my view, the section 10 violation in this case is a substantive one. The examining officer's notes obtained from the interview conducted during the "detention" were used at the ensuing inquiry to impeach the applicant's credibility. This is evident from the numerous references to those notes by the Tribunal in support of its negative findings with respect to his credibility.⁷ Exhibit C-3 was used as an adversarial weapon at the hearing before the tribunal to destroy the applicant's credibility. Had counsel been present before and during the examination thus giving to the applicant the benefit of an informed explanation as to the scheme of the refugee process under Canadian immigration law, I consider it more likely than not that the entire character of the proceedings would have been altered. In any event, it would have ensured that the applicant understood the consequences of the

celles qui existent lorsque le processus criminel est engagé. Dans le contexte des affaires criminelles, les droits de l'inculpé font l'objet de garanties méticuleuses parce qu'il risque d'être privé de sa liberté par le biais d'une incarcération. Dans le cas d'un revendicateur du statut de réfugié comme le requérant à l'instance, en présumant que même une partie de ses affirmations factuelles soient véridiques, son retour forcé en Iran pourrait bien se solder notamment par son incarcération, par l'infliction de tortures et même par la mort.

Par ces motifs, j'en viens donc à la conclusion qu'eu égard aux circonstances de la présente espèce, le requérant a été détenu au sens de l'alinéa 10b) de la Charte.

b) Le droit à l'assistance d'un avocat

L'intimée soutient, à titre subsidiaire, que si l'interrogatoire du requérant par les fonctionnaires de l'Immigration constituait une «détention», le requérant s'est vu reconnaître les droits que lui confère la Charte «sans délai» et qu'on a parfaitement respecté l'article 10. À l'appui de cette prétention, l'avocat invoque l'arrêt *R. v. Kwok*⁶ de la Cour d'appel de l'Ontario. Dans cet arrêt, la Cour a semblé considérer la violation de l'article 10 comme une violation de pure forme (à la page 208). Pour cette raison, j'estime qu'une distinction s'impose entre les faits de l'affaire *Kwok* et ceux de la présente espèce. À mon avis, la violation de l'article 10 qui a été commise en l'espèce est une violation de fond. Au cours de l'enquête qui a suivi, on s'est servi des notes prises par l'agent examinateur lors de l'interrogatoire mené au cours de la «détention» pour attaquer la crédibilité du requérant. Cela ressort à l'évidence des nombreux renvois aux notes qu'a faits le tribunal administratif pour appuyer les conclusions défavorables qu'il a tirées au sujet de la crédibilité⁷. On s'est servi de la pièce C-3 en guise d'arme antagoniste à l'audience du tribunal administratif pour détruire la crédibilité du requérant. Si un avocat avait été présent avant et pendant l'interrogatoire, ce qui aurait permis au requérant d'obtenir des explications éclairées au sujet de l'économie du processus de reconnaissance du statut de réfugié prévu par la loi canadienne sur l'immigration, j'estime qu'il est

⁶ (1986), 31 C.C.C. (3d) 196, *per* Finlayson J.A.

⁷ See Transcript, at pp. 90, 91 and 92.

⁶ (1986), 31 C.C.C. (3d) 196, le juge Finlayson, J.C.A.

⁷ Voir transcription, p. 90, 91 et 92.

testimony given by him. As stated by Mr. Justice Lamer in *R. v. Manninen*:⁸

The purpose of the right to counsel is to allow the detainee not only to be informed of his rights and obligations under the law but, equally, if not more important, to obtain advice as to how to exercise those rights . . . For the right to counsel to be effective, the detainee must have access to the advice before he is questioned or otherwise required to provide evidence.

Since the Supreme Court of Canada has indicated in *Therens, supra*, that the jurisprudence relative to police investigations in criminal matters may be extended to other agents of the State and since the majority of the Court in *Simmons, supra* has applied the *Therens* test to searches at ports of entry pursuant to the *Customs Act*, I think that an equally persuasive argument can be made in support of the right to counsel for refugee claimants at ports of entry. In my opinion, the circumstances at bar as summarized herein strongly support such a conclusion.

(c) Section 1 of the Charter

Having found for the reasons given *supra*, that there was a violation of the applicant's rights given to him pursuant to paragraph 10(b) of the Charter, the question arises whether the provisions of section 1 of the Charter have any application to the circumstances at bar.⁹

The respondent made no arguments under section 1. However, it is my view that, in any event, the provisions of section 1 do not apply in the circumstances of this case. The parameters of section 1 were identified by Le Dain J. in *Therens, supra* when he said (at page 645):

probable que toute la nature de la procédure s'en serait trouvée changée. En tout état de cause, cela aurait garanti que le requérant comprenait les conséquences du témoignage qu'il donnait. Comme
a le juge Lamer l'a déclaré dans l'arrêt *R. c. Manninen*⁸:

Le droit à l'assistance d'un avocat a pour objet de permettre à la personne détenue non seulement d'être informée de ses droits et de ses obligations en vertu de la loi, mais également, voire
b qui plus est, d'obtenir des conseils sur la façon d'exercer ces droits . . . Pour que le droit à l'assistance d'un avocat soit efficace, le détenu doit pouvoir obtenir ces conseils avant d'être interrogé ou requis autrement de fournir des éléments de preuve.

Étant donné que la Cour suprême du Canada a
c déclaré dans l'arrêt *Therens*, précité, que la jurisprudence relative aux enquêtes policières en matières criminelles pouvait être étendue aux autres agents de l'État et étant donné que dans l'arrêt
d *Simmons* précité, la majorité de la Cour a appliqué le critère dégagé dans l'arrêt *Therens* aux fouilles effectuées aux points d'entrée en vertu de la *Loi sur les douanes*, je pense qu'on peut soutenir de façon tout aussi convaincante que les revendicateurs du statut de réfugié possèdent le droit de
e consulter un avocat aux points d'entrée. À mon avis, les circonstances de l'espèce qui ont été résumées appuient fortement cette conclusion.

f) c) L'article premier de la Charte

Ayant conclu pour les motifs précités qu'il y a eu violation des droits que l'alinéa 10b) de la Charte reconnaît au requérant, je dois me demander si les dispositions de l'article premier de la
g Charte s'appliquent aux circonstances de la présente affaire⁹.

L'intimé n'a pas fait valoir de moyen en vertu de
h l'article premier. J'estime toutefois qu'en tout état de cause, les dispositions de l'article premier ne s'appliquent pas aux faits en cause. Le champ d'application de l'article premier a été délimité par le juge Le Dain dans l'arrêt *Therens*, précité,
i lorsqu'il a déclaré (à la page 645):

⁸ [1987] 1 S.C.R. 1233, at pp. 1242-1243.

⁹ Section 1 reads:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

⁸ [1987] 1 R.C.S. 1233, aux p. 1242 et 1243.

⁹ Voici le libellé de l'article premier:

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Section 1 requires that the limit be prescribed by law, that it be reasonable, and, that it be demonstrably justified in a free and democratic society. The requirement that the limit be prescribed by law is chiefly concerned with the distinction between a limit imposed by law and one that is arbitrary. The limit will be prescribed by law within the meaning of s.1 if it is expressly provided for by statute or regulation, or results by necessary implication from the terms of a statute or regulation or from its operating requirements. The limit may also result from the application of a common law rule.

Applying the *Therens* test (sometimes referred to as the clarity test) to the situation at bar, I conclude that there is no express provision either by statute or regulation nor is there any necessary implication from any statute or regulation which would require that a refugee immigrant be deprived of his right to counsel in the circumstances of this case. The scheme of the *Immigration Act* envisages interviews and interrogations of persons seeking entry into Canada so that Immigration Officers are able to properly discharge their duty under the Act to determine admissibility. Thus, while the administration of the *Immigration Act* permits and contemplates an interview of the kind undertaken on May 13, 1989, in this case, I am unable to conclude therefrom, that where such an interview has taken place during detention the scheme of the *Immigration Act* can reasonably be said to require the deprivation of the right to counsel. For these reasons, I conclude that section 1 of the Charter does not come into play in the circumstances of this case.

THE SUBSECTION 46.01(6) TEST

I turn now to the second issue set out earlier herein, namely, whether the tribunal applied the wrong test in making the determination which it was required to make pursuant to subsection 46.01(6) of the Act.¹⁰ In my view, there is merit in this submission. At page 20 of the transcript, being at an early stage in the credible basis hearing, the Adjudicator said to the applicant:

¹⁰ Subsection 46.01(6) reads:
46.01 ...

(Continued on next page)

L'article 1 exige que cette restriction soit prescrite par une règle de droit, qu'elle soit raisonnable et que sa justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. L'exigence que la restriction soit prescrite par une règle de droit vise surtout à faire la distinction entre une restriction imposée par la loi et une restriction arbitraire. Une restriction est prescrite par une règle de droit au sens de l'art. 1 si elle est prévue expressément par une loi ou un règlement, ou si elle découle nécessairement des termes d'une loi ou d'un règlement, ou de ses conditions d'application. La restriction peut aussi résulter de l'application d'une règle de *common law*.

b Si l'on applique le critère de l'arrêt *Therens* (parfois désigné sous le nom de critère de la précision) à la présente situation, je conclus qu'il n'existe pas de disposition qui est prévue expressément par une loi ou un règlement ou qui découle nécessairement d'une loi ou d'un règlement qui exigerait qu'un immigrant qui sollicite le statut de réfugié soit privé de son droit à l'assistance d'un avocat dans les circonstances de l'espèce. L'économie de la *Loi sur l'immigration* prévoit la tenue d'entrevues et d'interrogatoires dans le cas des personnes qui sollicitent l'admission au Canada, pour que les agents d'immigration puissent s'acquitter comme il se doit de l'obligation que leur impose la Loi d'établir l'admissibilité des personnes en question. Ainsi, bien que l'application de la *Loi sur l'immigration* permette et prévoit une entrevue comme celle qui a eu lieu le 13 mai 1989, en l'espèce, je suis incapable d'en conclure que lorsqu'une telle entrevue a lieu au cours d'une détention, on puisse raisonnablement prétendre que l'économie de la *Loi sur l'immigration* exige que l'on prive quelqu'un de son droit de consulter un avocat. Par ces motifs, je conclus que l'article premier de la Charte n'entre pas en jeu dans les circonstances de l'espèce.

LE CRITÈRE DU PARAGRAPHE 46.01(6)

h Je passe maintenant à la seconde question litigieuse déjà formulée, en l'occurrence celle de savoir si le tribunal administratif a appliqué le mauvais critère pour rendre la décision qu'il était tenu de rendre aux termes du paragraphe 46.01(6) de la Loi¹⁰. À mon avis, cette prétention a un certain fondement. À la page 20 de la transcription, au début de l'audience sur le minimum de fondement, l'arbitre a dit au requérant:

¹⁰ Le paragraphe 46.01(6) est ainsi libellé:
46.01 ...

(Suite à la page suivante)

As explained, the onus is on you to satisfy us on evidence considered credible and trustworthy that you have a well-founded fear of persecution . . . (lines 18-19). [Emphasis added.]

Then, at the conclusion of the inquiry, in rendering the decision of the tribunal, the Adjudicator said:

We have therefore examined the evidence to determine whether you have been able to establish grounds for a fear of persecution. (p. 90, lines 59-60) [Emphasis added.]

I have no hesitation in concluding that the two tests set forth *supra*, impose a higher test than that required pursuant to subsection 46.01(6).¹¹

Counsel for the respondent submits however that in a passage on page 90 of the transcript (lines 46-57) the tribunal sets out the proper test to be applied at a credible basis hearing. He further submits that the tribunal set out the correct test again on page 93 of the transcript (lines 10-15). I agree that the tests articulated in both of those passages are acceptable. However, the problem is that in a case such as this where the tribunal has set out both a correct and an incorrect test on at least two occasions, it is difficult to conclude that no reviewable error has occurred. The situation at bar is not dissimilar to that in the case of *Arduengo v. Minister of Employment and* (Continued from previous page)

(6) If the adjudicator or the member of the Refugee Division, after considering the evidence adduced at the inquiry or hearing, including evidence regarding

(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.

¹¹ Compare: *Sloley v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, A-364-89, Heald J.A., judgment dated 22/2/90, not yet reported. See also: *Lee v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, A-401-89, Heald J.A., judgment dated 22/2/90, not yet reported.

[TRADUCTION] Comme je vous l'ai expliqué, c'est à vous qu'il incombe de nous convaincre, par des éléments de preuve jugés crédibles et dignes de foi, que vous avez raison de craindre d'être persécuté [...] (lignes 18 et 19). [C'est moi qui souligne.]

^a Puis, à la clôture de l'enquête, en rendant la décision du tribunal administratif, l'arbitre a déclaré:

[TRADUCTION] Nous avons donc examiné la preuve pour déterminer si vous aviez réussi à justifier votre crainte d'être persécuté. (p. 90, lignes 59 et 60) [C'est moi qui souligne.]

^b Je n'hésite pas à conclure que les deux critères susmentionnés imposent un critère plus strict que celui qu'exige le paragraphe 46.01(6).¹¹

^c L'avocat de l'intimé prétend cependant que, dans un passage de la page 90 de la transcription (aux lignes 46 à 57), le tribunal administratif énonce le critère qu'il convient d'appliquer lors de l'audience sur le minimum de fondement. Il soutient en outre que le tribunal administratif a exposé à nouveau le bon critère à la page 93 de la transcription (aux lignes 10 à 15). Je suis d'accord pour dire que les critères énoncés dans ces deux passages sont acceptables. Toutefois, le problème est que dans une situation comme celle qui nous occupe, dans laquelle le tribunal administratif a énoncé à la fois un critère correct et un critère erroné à au moins deux reprises, il est difficile de

^d (Suite de la page précédente)

^e (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:

^f 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.

¹¹ Comparer: *Sloley c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, A-364-89, C.A.F., le juge Heald, J.C.A., jugement en date du 22-2-90 encore inédit. Voir aussi: *Lee c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, A-401-89, le juge Heald, J.C.A., jugement en date du 22-2-90, encore inédit.

Immigration.¹² That was a case where the Immigration Appeal Board, at one point in their reasons, had set out the correct test for determining Convention Refugee status (well founded fear of persecution), and then in another portion of the reasons had incorrectly stated the test (“the applicants have not established that they would be subject to persecution if they were to return to Chile”). [Emphasis added.] At page 438, I said, speaking for the majority of the Court:

The result is that in the total reasons of the board, . . . two separate and conflicting tests for determining Convention refugee status have been articulated. One test is correct, the other is incorrect. In such circumstances it is impossible, in my view of the matter, to ascertain which test the board finally applied to the facts here present. I have, therefore, concluded that the board's decision should not be allowed to stand in view of the uncertainty as to whether or not the board applied the proper test in concluding that the applicant and his wife were not Convention refugees.

I find myself in a similar position in the instant case. At page 20, the Adjudicator stated a test and a burden of proof which is higher than that set out in subsection 46.01(6). At page 90, he states it correctly (lines 46-57) but then, also on page 90, he states it incorrectly (lines 59-60). Finally on page 93 (lines 10-15) he once again stipulates an acceptable test.

On this basis, and as in *Arduengo*, I am unable to satisfy myself that the tribunal did, in fact, apply the correct test. In these circumstances, I think the tribunal has committed reviewable error.¹³ A similar situation confronted the Court in the case of *Kimbudi v. Minister of Employment*

¹² (1981), 40 N.R. 436 (F.C.A.).

¹³ See: *Sloley v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, *supra*, where the Court said [at p. 2]. “In applying a higher test than that required pursuant to subsection 46.01(6), the Tribunal committed an error of law which is fundamental to the validity of its decision.”

conclure qu'aucune erreur donnant ouverture à une révision n'a été commise. La présente situation n'est pas sans rappeler celle de l'affaire *Arduengo c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*¹². Il s'agissait d'une affaire dans laquelle la Commission d'appel de l'immigration avait, dans un passage de ses motifs, exposé le bon critère pour reconnaître le statut de réfugié au sens de la Convention (crainte justifiée d'être persécuté) et avait, dans un autre passage de ses motifs, énoncé incorrectement le critère ([TRADUCTION] des requérants n'ont pas établi qu'ils feraient l'objet d'une persécution s'ils devaient retourner au Chili). [C'est moi qui souligne.] À la page 438, j'ai déclaré au nom de la majorité de la Cour:

En conséquence, l'ensemble des motifs adoptés à l'unanimité par la Commission donne deux critères distincts et contradictoires pour la détermination du statut de réfugié au sens de la Convention. L'un de ces deux critères est juste, l'autre ne l'est pas. Dans ces circonstances, il est impossible, à mon avis, de déterminer quel critère la Commission a finalement appliqué aux faits de l'espèce présente. Je conclus donc qu'il n'y a pas lieu de confirmer la décision de la Commission, étant donné l'incertitude quant à la question de savoir si la Commission a appliqué le critère approprié pour décider que le requérant et son épouse n'étaient pas des réfugiés au sens de la Convention.

Je me trouve dans une situation semblable en l'espèce. À la page 20, l'arbitre a énoncé un critère et un fardeau de preuve qui sont plus stricts que le critère qui est prévu au paragraphe 46.01(6). À la page 90, il l'énonce correctement (aux lignes 46 à 57), mais plus loin, toujours à la page 90, il le formule incorrectement (aux lignes 59 et 60). Finalement, à la page 93 (aux lignes 10 à 15), il formule à nouveau un critère acceptable.

Par ces motifs, je suis, comme dans l'affaire *Arduengo*, incapable de me convaincre que le tribunal a effectivement appliqué le bon critère. Dans ces conditions, j'estime que le tribunal administratif a commis une erreur donnant ouverture à une révision¹³. La Cour était saisie d'un cas semblable

¹² (1981), 40 N.R. 436 (C.A.F.).

¹³ Voir l'arrêt *Sloley c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, précité, dans lequel la Cour a déclaré [à la p. 2]: «En appliquant un critère plus élevé que celui qui est requis aux termes du paragraphe 46.01(6), le tribunal a commis une erreur de droit qui est fondamentale en ce qui concerne la validité de sa décision.»

and Immigration.¹⁴ In that case, the tribunal stated the wrong test in one sentence and then proceeded to articulate the correct test in the next sentence. Urie J.A. speaking for the Court, said that this was reversible error since he was unable to conclude that a subsequent correction would serve to rectify an earlier misstatement of the applicable test.

REMEDY

To summarize, I have concluded firstly that in the circumstances at bar, the applicant's right to counsel under paragraph 10(b) of the Charter was infringed during the procedures invoked pursuant to the *Immigration Act*. I have also concluded that the tribunal committed reviewable error by applying a wrong test in making the determination it was required to make pursuant to subsection 46.01(6) of the *Immigration Act*. The remaining question to be considered is the nature of the relief to which the applicant is entitled.

In her memorandum of fact and law, counsel for the applicant simply requests that the exclusion order made against the applicant be set aside. Based on my conclusion with respect to the test applied pursuant to subsection 46.01(6), I think the applicant is entitled to have the decision of the tribunal dated August 1, 1989 set aside. The exclusion order dated August 1, 1989 and made against the applicant by Adjudicator Roberts should also be set aside.

In-so-far as the Charter violation is concerned, counsel for the applicant did not, either in her memorandum or in oral argument request exclusion of the evidence contained in Exhibit C-3. Similarly, she did not make any submissions in support of such a request.¹⁵

¹⁴ (1982), 40 N.R. 566 (F.C.A.), *per* Urie J.A., at p. 568.

¹⁵ I am not unmindful of the view expressed by some Charter analysts that a specific request for the exclusion of evidence obtained in violation of a Charter right is not necessary. Professor Hogg, for example, expresses the view (*Constitutional Law of Canada*, (2nd ed., at p. 702) that where an objection

(Continued on next page)

dans l'affaire *Kimbudu c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*¹⁴. Dans cette affaire, le tribunal administratif a formulé le critère erroné dans une phrase et a énoncé le bon critère dans la phrase suivante. Le juge Urie, J.C.A. qui s'exprimait au nom de la Cour, a déclaré qu'il s'agissait d'une erreur justifiant l'infirmité de la décision, étant donné qu'il était incapable de conclure qu'une correction ultérieure suffirait à rectifier un énoncé antérieur erroné du critère applicable.

RÉPARATION

Pour résumer, j'en suis d'abord venu à la conclusion qu'eu égard aux faits de la présente espèce, il y a eu violation, au cours de la procédure invoquée en vertu de la *Loi sur l'immigration*, du droit de consulter un avocat que l'alinéa 10b) de la Charte reconnaît au requérant. J'en suis également venu à la conclusion que le tribunal administratif a commis une erreur donnant ouverture à une révision en appliquant un critère erroné pour rendre la décision qu'il était tenu de rendre aux termes du paragraphe 46.01(6) de la *Loi sur l'immigration*. Il nous reste à examiner la question de la nature de la réparation à laquelle le requérant a droit.

Dans son exposé des faits et du droit, l'avocate du requérant demande simplement que la mesure d'expulsion prise contre le requérant soit annulée. Vu ma conclusion sur le critère appliqué en vertu du paragraphe 46.01(6), j'estime que le requérant a le droit d'obtenir l'annulation de la décision rendue le 1^{er} août 1989 par le tribunal administratif. La mesure d'expulsion prise le 1^{er} août 1989 contre le requérant par l'arbitre Roberts devrait également être annulée.

Pour ce qui est de la violation de la Charte, l'avocate du requérant n'a pas, dans son mémoire ou dans son plaidoyer, demandé que soient écartés les éléments de preuve contenus à la pièce C-3. De même, elle n'a pas fait valoir de moyens à l'appui d'une telle demande¹⁵.

¹⁴ (1982), 40 N.R. 566 (C.A.F.), le juge Urie, J.C.A. à la p. 568.

¹⁵ Je n'oublie pas l'opinion formulée par certains analystes de la Charte suivant laquelle il n'est pas nécessaire de demander expressément l'exclusion des éléments de preuve obtenus en violation de la Charte. Le professeur Hogg, par exemple, estime (*Constitutional Law of Canada*, (2^e éd.), à la p. 702) que

(Suite à la page suivante)

Accordingly, the difficult question as to whether this Court, on a section 28 application, has the power, pursuant to subsection 24(2) of the Charter to order the exclusion of this evidence, in the rather special circumstances of this case, need not be considered on this application.

* * *

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 Mr. Justice Heald J.A. and am, with respect, unable to agree. In my opinion, the applicant had not been detained within the contemplation of section 10 of the Charter during his secondary examination by the immigration officer at the port of entry. It follows that there was no obligation to then inform him of a right to counsel.

Everyone, including a Canadian citizen or permanent resident who has a right to come into Canada, is detained when he presents himself for admission at a port of entry. No one is free to enter Canada until an immigration officer is satisfied that he has a right to do so or that it would not be contrary to the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, for him to do so. What distinguishes all such detainees from the sort of detainee considered in *R. v. Therens et al.*, [1985] 1 S.C.R. 613, is that the person has not been put in that position by an agent of the State assuming control over his movements. Rather, he has put himself in that position by his own action in seeking admission. Such a person is not, in the terminology of *R.*

(Continued from previous page)

is made to such evidence in the course of a criminal trial, the objection itself amounts to an application under subsection 24(1) of the Charter to a Court of competent jurisdiction (the Trial Court) for an appropriate remedy, i.e. the exclusion of evidence. I am not persuaded that, even if that view is a proper one in the context of criminal proceedings, it can be applied to administrative law proceedings. Furthermore, when this matter was before the tribunal, no objection was taken to admissibility of Exhibit C-3. Thus, we do not have a parallel situation to that discussed by Professor Hogg. On this record it is not possible, in my view, to imply or infer an application under subsection 24(1) of the Charter for the relief available under subsection 24(2) of the Charter.

En conséquence, il n'est pas nécessaire d'examiner dans la présente demande la difficile question de savoir si, lorsqu'elle est saisie d'une demande fondée sur l'article 28, notre Cour a le pouvoir, en vertu du paragraphe 24(2) de la Charte, d'écarter de tels éléments de preuve, eu égard aux faits plutôt particuliers de la présente affaire.

* * *

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 du juge Heald, J.C.A. Il ne me paraît pas possible de me rallier à son opinion. À mon avis, le requérant n'a pas été détenu au sens de l'article 10 de la Charte au cours de l'interrogatoire secondaire que l'agent d'immigration lui a fait subir au point d'entrée. Il s'ensuit qu'il n'existait pas d'obligation de l'informer à ce moment-là de son droit à l'assistance d'un avocat.

Chacun, y compris tout citoyen canadien et tout résident permanent qui a le droit d'entrer au Canada, est détenu lorsqu'il se présente à un point d'entrée pour être admis au Canada. Nul n'est libre d'entrer au Canada tant qu'un agent d'immigration n'est pas convaincu que cette personne en a le droit ou que le fait d'y être admis ne contreviendrait pas à la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), chap. I-2. Ce qui distingue tous ces détenus de la sorte de détenu dont il était question dans l'arrêt *R. c. Therens et autres*, [1985] 1 R.C.S. 613, c'est le fait que ces personnes n'ont pas été mises dans cette situation par un agent de l'État qui a restreint leur liberté d'action. Ces personnes se sont plutôt mises elles-mêmes dans

(Suite de la page précédente)

lorsqu'une partie s'oppose à la recevabilité de tels éléments de preuve au cours d'un procès criminel, l'objection constitue elle-même une demande présentée en vertu du paragraphe 24(1) de la Charte au tribunal compétent (le tribunal de première instance) en vue d'obtenir la réparation appropriée, c'est-à-dire l'exclusion de ces éléments de preuve. Je ne suis pas persuadé que même si cette opinion est fondée dans le contexte d'un procès criminel, on puisse l'appliquer aux instances de droit administratif. De plus, lorsque cette question a été soumise au tribunal administratif, on ne s'est pas objecté à la recevabilité de la pièce C-3. Ainsi, nous ne sommes pas en présence d'une situation parallèle à celle dont discute le professeur Hogg. Vu le dossier, il n'est pas possible, à mon avis, de conclure à l'existence d'une demande fondée sur le paragraphe 24(1) de la Charte en vue d'obtenir la réparation prévue au paragraphe 24(2) de la Charte.

v. *Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495, at page 517, "detained in a constitutional sense and therefore entitled to be advised of his or her right to counsel".

When a person presents himself at a port of entry, admits that he has no right to come into Canada and claims to be a Convention refugee, the immigration officer examining that person has the duty to enquire, *inter alia*, whether that person may be admitted pursuant to subsection 6(2) as well as section 8 and whether he should be detained pursuant to subsection 12(3).

6. ...

(2) Any Convention refugee and any person who is a member of a class designated by the Governor in Council as a class, the admission of members of which would be in accordance with Canada's humanitarian tradition with respect to the displaced and the persecuted, may be granted admission subject to such regulations as may be established with respect thereto and notwithstanding any other regulations made under this Act.

8. (1) Where a person seeks to come into Canada, the burden of proving that that person has a right to come into Canada or that his admission would not be contrary to this Act or the regulations rests on that person.

(2) Every person seeking to come into Canada shall be presumed to be an immigrant until that person satisfies the immigration officer examining him or the adjudicator presiding at his inquiry that he is not an immigrant.

12. (1) Every person seeking to come into Canada shall appear before an immigration officer at a port of entry, or at such other place as may be designated by a senior immigration officer, for examination to determine whether that person is a person who shall be allowed to come into Canada or may be granted admission.

(3) Where an immigration officer commences an examination referred to in subsection (1), the officer may, in such circumstances as the officer deems proper,

(a) adjourn the examination and refer the person being examined to another immigration officer for completion of the examination; and

(b) detain or make an order to detain the person.

(4) Every person shall answer truthfully all questions put to that person by an immigration officer at an examination and shall produce such documentation as may be required by the immigration officer for the purpose of establishing whether the person shall be allowed to come into Canada or may be granted admission.

cette situation de leur propre chef en sollicitant l'admission. Ce ne sont pas, pour reprendre les termes employés dans l'arrêt *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, à la page 517, des personnes qui sont «détenue[s] au sens constitutionnel du terme et [qui ont] le droit, en conséquence, d'être informée[s] de [leur] droit à l'assistance d'un avocat».

Lorsqu'une personne se présente à un point d'entrée, reconnaît qu'elle n'a pas le droit d'entrer au Canada et revendique le statut de réfugié au sens de la Convention, l'agent d'immigration qui l'interroge a le devoir de déterminer notamment si cette personne peut être admise en vertu du paragraphe 6(2) ainsi que de l'article 8 et de se demander si elle devrait être détenue en vertu du paragraphe 12(3).

6. ...

(2) Les réfugiés au sens de la Convention et les personnes appartenant à une catégorie déclarée admissible par le gouverneur en conseil conformément à la tradition humanitaire suivie par le Canada à l'égard des personnes déplacées ou persécutées peuvent être admis, sous réserve des règlements pris à cette fin et par dérogation aux règlements d'application générale.

8. (1) Il incombe à quiconque cherche à entrer au Canada de prouver qu'il en a le droit ou que le fait d'y être admis ne contreviendrait pas à la présente loi ni à ses règlements.

(2) Quiconque cherche à entrer au Canada est présumé immigrant tant qu'il n'a pas convaincu du contraire l'agent d'immigration qui l'interroge ou l'arbitre qui mène l'enquête.

12. (1) Quiconque cherche à entrer au Canada est tenu de se présenter devant un agent d'immigration à un point d'entrée ou à tout autre lieu désigné par l'agent principal en vue de l'interrogatoire visant à déterminer s'il est autorisé à entrer au Canada ou s'il peut y être admis.

(3) L'agent d'immigration qui procède à l'interrogatoire peut, lorsqu'il le juge à propos:

a) confier la fin de l'interrogatoire à un autre agent d'immigration;

b) retenir la personne interrogée ou prendre une mesure à cet effet contre elle.

(4) L'intéressé doit répondre franchement aux questions de l'agent d'immigration et produire toutes les pièces que ce dernier exige pour établir s'il est autorisé à entrer au Canada ou s'il peut y être admis.

As I understand the terminology, the primary examination occurred, in this case, at what the applicant described as a "little booth". That, I take it, was one of the kiosks before which all deplaning international passengers line up. It seems clearly unreasonable to expect that the required examination of a Convention refugee claimant by an immigration officer could ever be satisfactorily conducted at the head of the primary examination line. The mere reference of such a person to a secondary examination and a delay in beginning it cannot, in my view, themselves lead to the conclusion that the person is detained in the constitutional sense. A delay of several hours may be attributable only to the numbers of persons requiring examination and officers available to do it or to the need for translation.

I am unable to agree that the examination of the applicant in the present instance was anything but routine. I see no way of demonstrating the basis for my opinion but to set out, in Appendix 'A', the full text of the immigration officer's handwritten record of the questions and answers, translated to and signed by the applicant at the time. It speaks for itself and, in my opinion, simply does not suggest anything in the nature of an inquisitorial strip search that would, I quite agree, escalate a detention of no constitutional consequence. Accepting the applicant's uncontradicted affidavit evidence as to his state of mind when subjected to the secondary examination, such a circumstance particular to the person concerned cannot, in my view, change the character of what was plainly a routine examination.

It is important to note that it is not damaging information the applicant was cajoled into telling the immigration officer that nourished the tribunal's doubt as to the credible basis of his claim; it

Si je comprends bien les termes employés, l'interrogatoire primaire a eu lieu, dans le cas qui nous occupe, devant ce que le requérant a appelé [TRADUCTION] «une petite cabine». Il s'agit, si j'ai bien saisi, de l'un des postes de contrôle devant lesquels font la queue tous les passagers de vols internationaux qui descendent d'avion. Il semble de toute évidence déraisonnable de s'attendre à ce que l'interrogatoire du revendicateur du statut de réfugié au sens de la Convention auquel doit procéder l'agent d'immigration puisse être mené de façon satisfaisante à l'étape de l'interrogatoire primaire global. À mon sens, le simple renvoi de cette personne à un interrogatoire secondaire et le temps écoulé avant le début de cet interrogatoire ne permettent pas de conclure que la personne est détenue au sens constitutionnel du terme. Une attente de plusieurs heures peut n'être attribuable qu'au nombre de personnes qu'il faut interroger et au nombre d'agents qui sont disponibles pour faire ce travail ou encore à la nécessité de recourir aux services d'un interprète.

Je ne puis admettre que l'interrogatoire dont le requérant a fait l'objet en l'espèce était tout sauf un interrogatoire de routine. J'estime que la seule manière de démontrer le fondement de mon opinion est de reproduire, à l'annexe «A», le texte intégral du compte rendu rédigé à la main par l'agent d'immigration des questions et des réponses qui ont été traduites à l'intention du requérant et que celui-ci a signées à ce moment-là. Ce document se passe de commentaires et ne permet tout simplement pas, à mon avis, de penser que le requérant a fait l'objet d'une fouille à nu inquisitoriale qui, j'en conviens parfaitement, constituerait bien plus qu'une détention sans conséquence sur le plan constitutionnel. Si l'on accepte le témoignage non contredit que le requérant a donné par affidavit au sujet de son état d'esprit au moment de l'interrogatoire secondaire, un aspect qui est à ce point particulier à l'intéressé ne saurait, à mon avis, changer la nature de ce qui était de toute évidence un interrogatoire de routine.

Il est important de constater que ce ne sont pas les renseignements préjudiciables que l'on a persuadé au requérant de divulguer à l'agent d'immigration qui ont alimenté les doutes du tribunal

was, rather, what he did not mention. The omissions included his royalist political activities, the confiscation of his business and the arrest and execution of his daughter. While we may be obliged to accept the applicant's affidavit evidence as to his state of mind and perception of the secondary examination, the tribunal was under no such constraint in assessing both the applicant's credibility and the value of that evidence as a reasonable explanation of the omissions. That assessment was entirely within its terms of reference.

As to the subsection 46.01(6) test, the adjudicator did, indeed, misstate it at the beginning of the tribunal's hearing. That was on May 19, 1989. The proceeding adjourned to June 30, on which date the evidence was completed and arguments presented. It adjourned to August 1 when the decision was rendered and, in the course of which, the test was correctly stated.

In *Arduengo v. Minister of Employment and Immigration* (1981), 40 N.R. 436, a three-member panel of the Immigration Appeal Board issued reasons and supplementary reasons for a decision, each authored by a different member and concurred in by the other two. One stated the test in issue correctly and the other misstated it with the result, as held at page 438:

... that in the total reasons of the board, concurred in by all three board members hearing the case, two separate and conflicting tests for determining Convention refugee status have been articulated. One test is correct, the other one is incorrect. In such circumstances it is impossible, in my view of the matter, to ascertain which test the board finally applied to the facts here present. I have, therefore, concluded that the board's decision should not be allowed to stand in view of the uncertainty as to whether or not the board applied the proper test in concluding that the applicant and his wife were not Convention refugees.

In *Kimbudi v. Minister of Employment and Immigration* (1982), 40 N.R. 566, as Mr. Justice Heald J.A. has observed, the I.A.B. stated the

administratif au sujet du minimum de fondement de sa revendication; c'est plutôt ce qu'il n'a pas mentionné. Parmi ces omissions, signalons ses activités politiques royalistes, la confiscation de son entreprise et l'arrestation et l'exécution de sa fille. Bien que nous soyons peut-être obligés d'accepter le témoignage donné par le requérant dans son affidavit au sujet de son état d'esprit et de sa perception de l'interrogatoire secondaire, le tribunal administratif n'était pas restreint de la sorte dans son appréciation de la crédibilité du requérant et de la valeur du témoignage que celui-ci a donné pour expliquer de façon plausible les omissions en question. Cette appréciation entrait parfaitement dans le cadre de ses attributions.

Quant au critère prévu au paragraphe 46.01(6), l'arbitre en a effectivement fait un exposé inexact à l'ouverture de l'audience du tribunal administratif. Cette audience a eu lieu le 19 mai 1989. L'audience a été ajournée au 30 juin, date à laquelle on a terminé la présentation de la preuve et à laquelle on a présenté les plaidoiries. L'instance a été ajournée au 1^{er} août, date à laquelle le tribunal a rendu sa décision, dans laquelle il a correctement énoncé le critère applicable.

Dans l'arrêt *Arduengo c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1981), 40 N.R. 436, une formation collégiale de trois commissaires de la Commission d'appel de l'immigration a prononcé des motifs et des motifs supplémentaires de décision, sous la plume de commissaires différents. Dans les deux cas, les deux autres commissaires y ont souscrit. L'un d'entre eux a énoncé correctement le critère en question et l'autre en a fait un exposé erroné, de sorte qu'il a été statué, à la page 438:

... l'ensemble des motifs adoptés à l'unanimité par la Commission donne deux critères distincts et contradictoires pour la détermination du statut de réfugié au sens de la Convention. L'un de ces deux critères est juste, l'autre ne l'est pas. Dans ces circonstances, il est impossible, à mon avis, de déterminer quel critère la Commission a finalement appliqué aux faits de l'espèce présente. Je conclus donc qu'il n'y a pas lieu de confirmer la décision de la Commission, étant donné l'incertitude quant à la question de savoir si la Commission a appliqué le critère approprié pour décider que le requérant et son épouse n'étaient pas des réfugiés au sens de la Convention.

Dans l'arrêt *Kimbudi c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1982), 40 N.R. 566, le juge Heald, J.C.A. a fait remarquer que la C.A.I. avait énoncé

wrong and correct tests in consecutive sentences of its decision.

Those situations seem to me to be very different from that at hand. Notwithstanding its statement of the wrong test on May 19, I have no real doubt that this tribunal applied the correct test, as stated in its decision delivered August 1.

I would dismiss this section 28 application.

PRATTE J.A.: I agree.

APPENDIX 'A'

NAME: DEGHANI, ABDUL RASSOUL
ADDRESS: 74 KHAKSHENASSY AVENUE
SHIRAZ
D.O.B.: 28/Apr/1937 HEIGHT: 175 WEIGHT: 80Kgs
EYES: Brown

P.O.B.: SHIRAZ, IRAN

Q. What is the purpose of your visit to Canada.

A. My basic aim is to be a refugee.

Q. Are you claiming refugee status at this time.

A. Yes.

Q. On what basis are you claiming refugee status.

A. I want to work for myself and the future of my children who want to study.

Q. Is there any other basis upon which you are claiming refugee status.

A. No.

Q. Married.

A. Married.

Q. Children.

A. 4—3 daughters & 1 son: Mahboobeh 26 yrs old, Zahrr 27 yrs, Mohammed Reza 24 yrs and Fatemeh 22 yrs. old.

Q. What is your wife's name.

A. JAHADPOUR, SHAMSYEH born in 1946.

Q. Where are your wife and children.

A. They are in Shiraz, Iran.

Q. Could you tell me how you made your way from Iran to Canada.

A. I was sent by the smuggler whom I paid, he arranged the papers for me.

Q. When did you leave Iran.

A. About twenty five days ago.

Q. Was your exit from Iran legal or illegal.

A. It was legal.

Q. Were you in possession of a passport and/or other travel documents when you left Iran.

le critère erroné et le critère correct dans des phrases consécutives de sa décision.

Ces situations me semblent très différentes de celle qui nous occupe. Malgré l'exposé du critère erroné qu'il a fait le 19 mai, je ne doute pas que le tribunal administratif a appliqué le bon critère dans sa décision du 1^{er} août.

Je suis d'avis de rejeter la présente demande fondée sur l'article 28.

LE JUGE PRATTE, J.C.A.: Je suis du même avis.

ANNEXE «A»

NOM: DEGHANI, ABDUL RASSOUL
ADRESSE: 74, AVENUE KHAKSHENASSY
SHIRAZ
DATE DE NAISSANCE: 28 avril 1937 TAILLE: 1 m 75
POIDS: 80 kg
YEUX: Bruns

LIEU DE NAISSANCE: SHIRAZ (IRAN)

[TRADUCTION] Q. Quel est le but de votre visite au Canada?

R. Mon objectif fondamental est d'être un réfugié.

Q. Est-ce que vous revendiquez le statut de réfugié à ce moment-ci?

R. Oui.

Q. Quel motif invoquez-vous pour revendiquer le statut de réfugié?

R. Je veux travailler pour moi-même et pour l'avenir de mes enfants qui veulent étudier.

Q. Y a-t-il une autre raison pour laquelle vous revendiquez le statut de réfugié?

R. Non.

Q. Marié?

R. Marié.

Q. Enfants?

R. J'en ai quatre: trois filles et un fils. Mahboobeh, 26 ans; Zahrr, 27 ans; Mohammed Reza, 24 ans et Fatemeh, 22 ans.

Q. Comment s'appelle votre femme?

R. JAHADPOUR, SHAMSYEH, née en 1946.

Q. Où sont votre femme et vos enfants?

R. Ils sont à Shiraz, en Iran.

Q. Pouvez-vous m'expliquer comment vous vous êtes rendu de l'Iran au Canada?

R. J'ai été envoyé par le passeur que j'ai payé; il s'est procuré les papiers pour moi.

Q. Quand avez-vous quitté l'Iran?

R. Il y a environ vingt-cinq jours.

Q. Votre sortie de l'Iran était-elle légale ou illégale?

R. Elle était légale.

Q. Aviez-vous en votre possession un passeport ou d'autres documents de voyage lorsque vous avez quitté l'Iran?

- A. Yes. I had a passport which I haven't brought with me. I brought my Iran identity card, the house deed and shop deed, and my trade licence . . . and also police certificate of clean record, and my wife's professional licence—she's a beautician.
- Q. Are these documents with you.
- A. It's in my bag.
- Q. What happened to your Iranian passport.
- A. I mailed it back to Shiraz from Turkey.
- Q. Once you left Iran where did you go.
- A. To Turkey . . . to Istanbul then Ankara.
- Q. How long in Istanbul.
- A. Twenty days.
- Q. Your exit from Iran to Istanbul was legal.
- A. Yes.
- Q. What is your occupation.
- A. I'm a shopkeeper.
- Q. What kind of goods.
- A. Zinc products.
- Q. Do you own your own home.
- A. Yes.
- Q. What did you do in Istanbul.
- A. Nothing.
- Q. Why did you go to Istanbul.
- A. I wanted to go to the States.
- Q. When you left Iran was your goal to come to Canada or the U.S.
- A. Basically I wanted to come to Canada.
- Q. Why try to go to the States.
- A. I wanted to go to the States legally and then come here. Unfortunately it did not happen.
- Q. What do you mean.
- A. I wanted to apply for a visitor's visa to the U.S. from there to legally come here.
- Q. Why go the round about route, why did you not apply to Canada direct.
- A. I didn't have anybody here to send me an invitation or visa, but I had someone in the States.
- Q. Who did you have in the States.
- A. My cousin . . . Mathew Registry—he's my mother's sister's son. USINS form I-134 & letter of non-immigrant visa refusal from U.S. Consulate, on file.
- Q. Was your goal to obtain a visitor's visa and remain illegally in the U.S.
- A. As I said I wanted to get my green card & then come over here legally.
- Q. Were you applying for a visitor visa or a permanent visa to the U.S.
- A. Visitor—non-immigrant.
- R. Oui. J'avais un passeport que je n'ai pas apporté avec moi. J'ai amené ma carte d'identité iranienne, le contrat de ma maison et de ma boutique et mon permis commercial . . . ainsi qu'une attestation policière d'absence de casier judiciaire et la carte professionnelle de ma femme—elle est esthéticienne.
- a*
- Q. Avez-vous ces documents sur vous?
- R. Ils sont dans mon sac.
- Q. Qu'est-il arrivé de votre passeport iranien?
- R. Je l'ai retourné par la poste à Shiraz depuis la Turquie.
- b*
- Q. Après avoir quitté l'Iran, où êtes-vous allé?
- R. En Turquie . . . À Istamboul puis à Ankara.
- Q. Combien de temps êtes-vous demeuré à Istamboul?
- R. Vingt jours.
- c*
- Q. Votre sortie de l'Iran à destination d'Istamboul était-elle légale?
- R. Oui.
- Q. Quelle est votre profession?
- R. Je suis marchand.
- d*
- Q. Quel genre de marchandises?
- R. Des produits de zinc.
- Q. Êtes-vous propriétaire de votre maison?
- R. Oui.
- e*
- Q. Qu'avez-vous fait à Istamboul?
- R. Rien.
- Q. Pourquoi êtes-vous allé à Istamboul?
- R. Je voulais aller aux États-Unis.
- Q. Lorsque vous avez quitté l'Iran, votre objectif était-il d'entrer au Canada ou aux États-Unis?
- f*
- R. En fait, je voulais m'installer au Canada.
- Q. Pourquoi avez-vous essayé de vous rendre aux États-Unis?
- R. Je voulais aller aux États-Unis légalement et venir ensuite ici. Malheureusement, cela ne s'est pas produit.
- g*
- Q. Que voulez-vous dire?
- R. Je voulais demander un visa de visiteur aux États-Unis dans le but d'entrer ici légalement à partir de là-bas.
- Q. Pourquoi prendre ce moyen détourné? Pourquoi n'avez-vous pas fait directement votre demande au Canada?
- h*
- R. Je ne connaissais personne ici qui pouvait m'envoyer une invitation ou un visa, mais je connaissais quelqu'un aux États-Unis.
- Q. Qui connaissiez-vous aux États-Unis?
- R. Mon cousin . . . Mathew Registry; c'est le fils de la sœur de ma mère. Formule I-134 du SINÉU et lettre de refus de visa de visiteur du consulat des É.-U. versées au dossier.
- i*
- Q. Votre objectif était-il d'obtenir un visa de visiteur et de demeurer illégalement aux États-Unis?
- R. Comme je l'ai expliqué, je voulais obtenir ma carte verte et ensuite entrer ici légalement.
- j*
- Q. Avez-vous demandé un visa de visiteur ou un visa permanent aux États-Unis?
- R. Un visa de visiteur.

- Q. If you applied for a non-immigrant visa how does this support your claim that you wanted to obtain your green card before coming to Canada.
- A. There I would have got a lawyer who does this. When I go there and start to work & live there the lawyer is going to get the green card for me and with the green card I could come here.
- Q. So in effect what you are saying is that you planned to go to the U.S. as a visitor, remain there illegally, working illegally and then try to obtain your green card.
- A. No it would be absolutely legally. Because when I enter there . . . I will work there then I will get my green card. Everything would be legally done.
- Q. Did you apply for a visa to live in the U.S. or simply a tourist visa.
- A. My request was for a temporary visa.
- Q. For how long.
- A. Six months.
- Q. What you're saying is that within the six months you'll try to get your green card.
- A. Yes.
- Q. What made you change your plans.
- A. I was told in the meantime that it's better to go directly to Canada . . . I was told there was trouble in getting the proper documentation in the U.S. . . . it might be a very long process. Consequently I thought I would skip going to the U.S. & come here directly.
- Q. So what happened to your idea of doing things legally.
- A. I'd love to be always within the law, however, in this case the smuggler said that it would not be possible to come here with an Iranian passport so I gave him the money to arrange the documents.
- Q. When did you decide to come here through a smuggler. After your visa request to the U.S. was refused?
- A. After the U.S. refused my visa application.
- Q. Where did you meet the smuggler.
- A. In Istanbul in the street.
- Q. Was it by chance?
- A. By chance.
- Q. What's his name.
- A. He said his name is Manucheis.
- Q. What does he look like.
- A. He is partially bald, fattish, 50 yrs., medium complexion, about 160 cms.
- Q. How much did you pay him.
- A. \$6,500 (U.S.D)
- Q. For what? What did that include.
- A. Included ticket, passport & everything from Istanbul to Toronto.
- Q. Si vous avez demandé un visa de visiteur, comment pouvez-vous prétendre que vous vouliez obtenir votre carte verte avant d'entrer au Canada?
- R. Là-bas, je me serais adressé à un avocat qui s'occupe de ce genre de choses. Après mon installation là-bas pour y travailler et pour y vivre, l'avocat se serait occupé d'obtenir la carte verte pour moi et avec la carte verte, j'aurais pu entrer ici.
- Q. En fait, ce que vous dites, c'est que vous prévoyiez vous rendre aux États-Unis à titre de visiteur, y demeurer illégalement, y travailler illégalement et essayer ensuite d'obtenir votre carte verte?
- R. Non, je voulais agir dans la plus parfaite légalité. Parce qu'après m'être rendu là-bas . . . Je voulais travailler là-bas et obtenir ensuite ma carte verte. Tout serait fait légalement.
- Q. Avez-vous demandé un visa pour vivre aux États-Unis ou simplement un visa de visiteur?
- R. J'ai demandé un visa temporaire.
- Q. Pour une durée de combien de temps?
- R. Pour une durée de six mois.
- Q. Ce que vous dites, c'est que dans ce délai de six mois, vous alliez essayer d'obtenir votre carte verte?
- R. Oui.
- Q. Qu'est-ce qui vous a amené à changer vos projets?
- R. On m'a dit dans l'intervalle qu'il valait mieux se rendre directement au Canada . . . On m'a expliqué qu'il était difficile d'obtenir les bons documents aux États-Unis, que ça pouvait prendre beaucoup de temps. En conséquence, j'ai pensé de ne pas passer par les États-Unis et de venir ici directement.
- Q. Alors, qu'est-il advenu de votre idée de faire les choses légalement?
- R. J'aimerais pouvoir toujours respecter la loi, mais dans le cas présent, le passeur m'a dit qu'il ne serait pas possible d'entrer ici avec un passeport iranien; je lui ai donc remis l'argent pour qu'il obtienne les documents.
- Q. Quand avez-vous décidé de venir ici par l'entremise d'un passeur? Après que votre demande de visa aux États-Unis eut été refusée?
- R. Après que les États-Unis eurent refusé ma demande de visa.
- Q. Où avez-vous rencontré le passeur?
- R. À Istanbul, dans la rue.
- Q. Était-ce par hasard?
- R. Par hasard.
- Q. Comment s'appelle-t-il?
- R. Il a dit que son nom était Manucheis.
- Q. De quoi a-t-il l'air?
- R. Il est partiellement chauve, plutôt gras, 50 ans, teint moyen, mesure environ 1 m 60.
- Q. Combien l'avez-vous payé?
- R. 6 500 \$ (U.S.)
- Q. Pour quoi? Qu'est-ce que cela comprenait?
- R. Un billet, un passeport et tout le reste pour le trajet entre Istanbul et Toronto.

- Q. After you paid him what next.
 A. He (the smuggler) bought the ticket and passport.
 Q. What was the routing on the ticket.
 A. Istanbul—Amsterdam—Toronto.
 Q. What kind of passport did he give you.
 A. Spanish. The passport said ESPANA.
 Q. Did the passport have your picture or someone else's.
 A. My own picture.
 Q. Do you know how he got the passport.
 A. No.
 Q. When did you leave.
 A. This morning (13/May/89)
 Q. Left Istanbul.
 A. Yes.
 Q. Did the smuggler accompany you.
 A. No.
 Q. You simply showed your ticket and passport & the ticket agent allowed you onto the plane in Istanbul.
 A. Yes.
 Q. What happened in Amsterdam when you changed planes.
 A. From Istanbul to Amsterdam I came by KLM. From Amsterdam to Toronto by CP.
 Q. When you boarded the CP plane what was the procedure.
 A. I went to have my ticket confirmed then I took the passport to the police and I got my boarding card.
 Q. Did anyone question you about the passport.
 A. No. It was a clean passport.
 Q. Why is there pages missing.
 A. The smuggler told me to destroy the passport or at least the two pages with the picture and bio data.
 Q. How much money do you have with you.
 A. Whatever money I had I gave to the smuggler. I have nothing now with me.
 Q. Any relatives in Canada
 A. No.
 Q. Any friends.
 A. No.
 Q. How about in the U.S.—just the cousin.
 A. Yes.
 Q. Any criminal conviction.
 A. No. I have a clean record certificate.
 Q. Any medical problems.
 A. No, I have none.
 Q. Why did you not apply for an immigrant visa to come to Canada.
 A. I didn't know that it will be accepted.
 Q. But did you even apply.
- Q. Après l'avoir payé, qu'est-il arrivé?
 R. Il (le passeur) a acheté le billet et le passeport.
 Q. Quel était l'itinéraire qui était inscrit sur le billet?
 R. Istamboul—Amsterdam—Toronto.
 a Q. Quel genre de passeport vous a-t-il donné?
 R. Espagnol. Il était écrit ESPANA sur le passeport.
 Q. Est-ce que le passeport contenait votre photo ou celle d'une autre personne?
 R. Ma propre photo.
 b Q. Savez-vous comment il a obtenu le passeport?
 R. Non.
 Q. Quand êtes-vous parti?
 R. Ce matin (13 mai 1989).
 Q. Vous avez quitté Istamboul?
 c R. Oui.
 Q. Le passeur vous a-t-il accompagné?
 R. Non.
 Q. Vous avez simplement montré votre billet et votre passeport et le contrôleur vous a laissé monter à bord de l'avion à Istamboul?
 d R. Oui.
 Q. Qu'est-ce qui est arrivé à Amsterdam lorsque vous avez changé d'avion?
 R. Entre Istamboul et Amsterdam, j'ai pris KLM; entre Amsterdam et Toronto, j'ai voyagé avec CP.
 e Q. Lorsque vous êtes monté à bord de l'avion de CP, quelles ont été les formalités?
 R. J'ai fait confirmer ma réservation; j'ai montré mon passeport à la police et on m'a remis ma carte d'accès à bord.
 Q. Est-ce que quelqu'un vous a posé des questions au sujet du passeport?
 f R. Non, c'était un passeport en règle.
 Q. Pourquoi manque-t-il des pages?
 R. Le passeur m'a demandé de détruire le passeport ou du moins les deux pages où se trouvaient la photo et les renseignements personnels.
 g Q. Combien d'argent avez-vous sur vous?
 R. J'ai donné tout ce que j'avais au passeur. Il ne me reste plus rien.
 Q. Avez-vous de la famille au Canada?
 h R. Non.
 Q. Des amis?
 R. Non.
 Q. Et aux États-Unis? Seulement votre cousin?
 R. Oui.
 i Q. Avez-vous déjà été déclaré coupable d'actes criminels?
 R. Non. J'ai une attestation d'absence de casier judiciaire.
 Q. Des problèmes de santé?
 R. Non, je n'en ai aucun.
 Q. Pourquoi n'avez-vous pas demandé de visa d'immigrant pour entrer au Canada?
 j R. Je ne savais pas s'il allait être accepté.
 Q. Mais avez-vous quand même présenté une demande?

- A. There were rumours that it wouldn't be accepted.
 Q. Ever been to Canada before.
 A. No.
 Q. Do you have CR. Status in any other country.
 A. No.
 Q. Applied for refugee status in any other country.
 A. No.
 Q. Why did you not apply for refugee status in Turkey.
 A. I don't like Turkey. I wanted to be in Canada not in Turkey. Moreover, Turkey would possibly turn me back to Iran.
 Q. Were you involved in religious orgs. in Iran.
 A. No.
 Q. Involved in any political orgs.
 A. No.
 Q. Were you ever been [sic] jailed for religious or political reasons.
 A. I have never ever been in jail.
 Q. Why did you leave Iran at this time.
 A. Because I am now already fed up and my daughter is going to University, my daughter is passing here midwifery courses .. my son also want to study and go to university, because of this I chose to come out now.
 Q. How will the fact that you're here help them go to University.
 A. If I'm here, I will then sell my properties, bring the money & put the children through university in Canada.
 Q. If you went back to Iran would your life be in danger.
 A. Yes.
 Q. Why.
 A. I'm a shopkeeper . . . people know that I have left Iran & they know my purpose for leaving.
- R. J'ai entendu des rumeurs voulant qu'il ne serait pas accepté.
 Q. Êtes-vous déjà venu au Canada?
 R. Non.
 Q. Est-ce que d'autres pays vous ont reconnu le statut de réfugié au sens de la Convention?
 a R. Non.
 Q. Avez-vous revendiqué le statut de réfugié auprès d'autres pays?
 R. Non.
 b Q. Pourquoi n'avez-vous pas revendiqué le statut de réfugié en Turquie?
 R. Je n'aime pas la Turquie. Je voulais vivre au Canada et non en Turquie. De plus, il était possible que la Turquie me renvoie en Iran.
 Q. Faisiez-vous partie d'organismes religieux en Iran?
 c R. Non.
 Q. D'associations politiques?
 R. Non.
 Q. Avez-vous déjà été emprisonné pour des motifs d'ordre religieux ou politique?
 d R. Je n'ai jamais fait de prison.
 Q. Pourquoi avez vous quitté l'Iran à ce moment-ci?
 R. Parce que j'en ai déjà assez et que ma fille fréquente l'université; ma fille suit des cours d'obstétrique ici et mon fils veut également étudier et aller à l'université; c'est la raison pour laquelle j'ai décidé de partir maintenant.
 e Q. En quoi votre présence ici pourrait-elle les aider à aller à l'université?
 R. En étant ici, je pourrai ensuite vendre mes propriétés, empocher l'argent et envoyer les enfants à l'université au Canada.
 f Q. Si vous retourniez en Iran, votre vie serait-elle en danger?
 R. Oui.
 Q. Pourquoi?
 R. Je tiens boutique . . . Les gens savent que j'ai quitté l'Iran et ils savent dans quel but je l'ai quitté.

H & C CONSIDERATIONS

- Category One: Life & Safety
 Negative
Category Two: Personal Relationships
 Negative
Category Three: Compassionate
 Negative
Category Four: Profile
 Negative
Category Five: Ties with Canada
 Negative

CONSIDÉRATIONS HUMANITAIRES

- Première catégorie: vie et sécurité
 Non.
Deuxième catégorie: rappports personnels
 Non.
 h Troisième catégorie: motifs de compassion
 Non.
Quatrième catégorie: profil
 Non.
 i Cinquième catégorie: liens avec le Canada
 Non.

T-1322-88

T-1322-88

Mayurchandra Khimji Ruparel (*Applicant*)**Mayurchandra Khimji Ruparel** (*requérant*)

v.

c.

Minister of Employment and Immigration and the Secretary of State for External Affairs (*Respondents*)^a **Ministre de l'Emploi et de l'Immigration et Secrétaire d'État aux Affaires extérieures** (*intimés*)

INDEXED AS: RUPAREL v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T.D.)

^b RÉPERTORIÉ: RUPAREL c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (1^{re} INST.)

Trial Division, Muldoon J.—Toronto, October 30, 1989; Ottawa, August 8, 1990.

Section de première instance, juge Muldoon—Toronto, 30 octobre 1989; Ottawa, 8 août 1990.

Immigration — Application to quash denial of application for permanent residence — Applicant found inadmissible under s. 19(2)(a)(i) due to U.K. conviction of driving with excessive alcohol in breath — Judicial notice taken of U.K. offence — Contrary to Criminal Code, s. 253, Crown election offence, if committed in Canada — “Offence that may be punishable by way of indictment under any other Act of Parliament” in s. 19(2)(a) including hybrid offences — Although s. 19(2)(a) unconstitutional for unjustified age discrimination, application dismissed for lack of standing.

^c *Immigration — Requête en annulation d'une décision par laquelle une demande de résidence permanente a été rejetée — Le requérant a été jugé non admissible en vertu de l'art. 19(2)a(i) en raison d'une condamnation, au R.-U., pour conduite avec une proportion excessive d'alcool dans l'haleine — Connaissance d'office de l'infraction commise au R.-U. — L'infraction, si elle avait été commise au Canada, est celle qui est prévue à l'art. 253 du Code criminel, lequel accorde au ministère public un choix quant au mode de poursuite — Les infractions hybrides sont comprises dans l'expression «infraction punissable, aux termes d'une autre loi fédérale, par mise en accusation» qu'on trouve à l'art. 19(2)a — Même si l'art. 19(2)a est inconstitutionnel parce qu'il crée une discrimination ^d injustifiée fondée sur l'âge, la requête est rejetée au motif que le requérant n'a pas qualité pour agir.*

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Immigration Act, 1976, s. 19(2)(a)(i) barring persons over 21 when convicted of indictable offence from admission to Canada for five years from termination of sentence — S. 19(2)(a)(ii) barring those between 18 and 21 for only two years — Although s. 19(2)(a) unconstitutional for unjustified age discrimination, applicant lacking standing to apply for declaration.

^e *Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — L'art. 19(2)a(i) de la Loi sur l'immigration de 1976 déclare non admissibles au Canada pendant une période de cinq ans à compter de l'expiration de leur peine les personnes âgées de plus de 21 ans qui ont été déclarées coupables d'une infraction punissable par mise en accusation — L'art. 19(2)a(ii) prévoit une période d'inadmissibilité de seulement deux ans pour les personnes âgées entre 18 et 21 ans — Même si l'art. 19(2)a est inconstitutionnel parce qu'il crée une discrimination injustifiée fondée sur l'âge, le requérant n'a pas ^f qualité pour demander un jugement déclaratoire.*

Practice — Parties — Standing — Application for declaration Immigration Act, 1976, s. 19(2)(a) invalid as contrary to Charter, s. 15 brought by unsuccessful applicant for permanent residence — Application dismissed as applicant non-citizen outside Canada with no claim to admission and beyond scope of Charter.

^g *Pratique — Parties — Qualité pour agir — Le requérant, dont la demande de résidence permanente a été refusée, a présenté une requête en vue d'obtenir un jugement déclarant inconstitutionnel l'art. 19(2)a) de la Loi sur l'immigration de 1976 au motif qu'il est contraire à l'art. 15 de la Charte — La requête est rejetée parce que, comme il n'est pas titulaire de la citoyenneté canadienne et qu'il se trouve à l'étranger, le requérant n'a pas le droit de demander son admission et n'est donc pas visé par la Charte.*

Construction of statutes — Immigration Act, 1976, s. 19(2)(a) — Applicant filing Minister's statement in House of Commons upon second reading of bill which became legislation — Inadmissible to show intent — No indication of Senate debates nor whether bill amended prior to enactment — Speeches in Parliament, often made for partisan advantage.

^h *Interprétation des lois — Art. 19(2)a) de la Loi sur l'immigration de 1976 — Le requérant a produit une déclaration faite par le ministre devant la Chambre des communes à l'occasion de la seconde lecture d'un projet de loi qui a été adopté comme loi — Cette déclaration est irrecevable pour démontrer l'intention du législateur — On n'a pas fait état des débats du Sénat ni de savoir si le projet de loi a été amendé avant d'être adopté — Les discours prononcés devant le Parlement sont souvent faits pour servir des visées partisans, ils ne constituent pas une loi et ils risquent d'énoncer incorrectement ^j*

not law, may misstate law — Legislation enacted governs — S. 19(2)(a) including hybrid offence.

This was an application to quash the denial of an application for permanent residence and for an order pursuant to Charter, section 24 declaring that subsection 19(2) of the *Immigration Act, 1976* is inconsistent with Charter, section 15 as it constitutes discrimination based on age. The applicant was convicted, in the United Kingdom, of driving a motor vehicle when the proportion of alcohol in his breath exceeded the prescribed limit. His application for permanent residence was refused as he was inadmissible under subparagraph 19(2)(a)(i) of the *Immigration Act, 1976*: a person convicted of an offence that, if committed in Canada, would constitute an offence that may be punishable upon indictment, unless he has satisfied the Minister that he has rehabilitated himself and, if he was twenty-one or older when convicted, that at least five years have elapsed since termination of the sentence. Subparagraph 19(2)(a)(ii) requires the passage of but two years since termination of the sentence where the person was under twenty-one when convicted. The applicant filed the statement of the Minister in the House of Commons upon moving for a second reading of the bill that was to become the *Immigration Act, 1976*. *Criminal Code*, section 253, a Crown election offence, prohibits the operation of a motor vehicle by a person having more than 80 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood.

Held, the application should be dismissed.

Section 17 of the *Canada Evidence Act* requires that judicial notice be taken of British legislation. The essential elements of the U.K. offence correspond with section 253 of the *Criminal Code*. The applicant was therefore convicted of an offence which, if committed in Canada, constituted an offence under any other Act of Parliament. Although it was unlikely that the Crown would elect to proceed by indictment in a drive-over-80 case, "may be punishable by way of indictment" in paragraph 19(2)(a) includes hybrid offences.

Ministers' statements are inadmissible to show intent because they ignore Senate debates and whether the bill was amended prior to enactment. Such speeches, frequently made for partisan advantage or public effect, were not law and might misstate the law. It is the legislation enacted that governs.

Paragraph 19(2)(a) appears to be unconstitutional by distinguishing between adults between 18 and 21 and those over 21. This is contrary to Charter, section 15. The Crown failed to demonstrate that such discrimination based on age was justified under Charter, section 1. American and Canadian studies of parolees have indicated that those over 25 consistently did better than those under that age. Born in 1941, the applicant presents, statistically, less risk of committing further offences

la loi — Ce sont les lois qui sont édictées qui s'appliquent — L'art. 19(2)a comprend les infractions hybrides.

Il s'agit d'une requête visant à faire annuler une décision par laquelle une demande de résidence permanente a été refusée et visant à obtenir une ordonnance fondée sur l'article 24 de la Charte déclarant que le paragraphe 19(2) de la *Loi sur l'immigration de 1976* est incompatible avec l'article 15 de la Charte au motif qu'il crée une discrimination fondée sur l'âge. Le requérant a été reconnu coupable, au Royaume-Uni, d'avoir conduit un véhicule automobile alors que la proportion d'alcool dans son haleine dépassait la limite prescrite. Sa demande de résidence permanente a été refusée parce qu'aux termes du sous-alinéa 19(2)a)(i) de la *Loi sur l'immigration de 1976*, il n'était pas admissible au Canada parce qu'il était une personne qui avait été déclarée coupable d'une infraction qui, si elle avait été commise au Canada, pourrait être punissable par mise en accusation, et parce qu'il était une personne qui ne pouvait justifier auprès du ministre de sa réadaptation ni du fait qu'au moins cinq ans s'étaient écoulés depuis la date de l'expiration de sa peine, si elle était âgée d'au moins vingt et un ans lors de la déclaration de culpabilité. Le sous-alinéa 19(2)a)(ii) exige seulement que deux ans se soient écoulés depuis la date de l'expiration de la peine, si la personne était âgée de moins de vingt et un ans lors de la déclaration de culpabilité. Le requérant a produit la déclaration qu'a faite le ministre devant la Chambre des communes en proposant la deuxième lecture du projet de loi qui devait devenir la *Loi sur l'immigration de 1976*. L'article 253 du *Code criminel*, qui accorde au ministère public le choix du mode de poursuite de l'infraction, interdit la conduite d'un véhicule à moteur avec une alcoolémie dépassant 80 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang.

Jugement: la requête devrait être rejetée.

L'article 17 de la *Loi sur la preuve au Canada* exige de prendre connaissance d'office des lois britanniques. Les éléments essentiels de l'infraction commise au R.-U. correspondent à l'article 253 du *Code criminel*. Le requérant a donc été déclaré coupable d'une infraction qui, si elle était commise au Canada, constituerait une infraction prévue par une autre loi fédérale. Même s'il est peu probable que le ministère public choisisse de poursuivre par mise en accusation dans un cas de conduite avec alcoolémie dépassant 80 milligrammes, les infractions hybrides sont comprises à l'alinéa 19(2)a) à cause de l'expression «pourrait être punissable par mise en accusation».

Les déclarations des ministres ne sont pas recevables pour démontrer l'intention du législateur, parce qu'elles ne disent rien des débats qui ont lieu devant le Sénat et qu'elles ne permettent pas de savoir si le projet de loi a été amendé avant d'être adopté comme loi. Ces discours, qui sont souvent faits pour servir des visées partisans ou pour un effet public, ne constituent pas une loi et peuvent énoncer incorrectement la loi. C'est la loi qui a été édictée qui s'applique.

L'alinéa 19(2)a) semble inconstitutionnel parce qu'il établit une distinction entre les adultes qui ont entre 18 et 21 ans et ceux qui ont plus de 21 ans. Cette distinction est contraire à l'article 15 de la Charte. La Couronne n'a pas réussi à démontrer que cette discrimination fondée sur l'âge était justifiée en vertu de l'article premier de la Charte. Il ressort des études américaines et canadiennes menées au sujet des libérés conditionnels que ceux qui sont âgés de plus de 25 ans s'en tirent

than would a younger person. The Court was, however, bound by the decision of the Federal Court of Appeal in *Canadian Council of Churches v. Canada*. The applicant lacked status to institute Charter litigation as a non-citizen outside Canada with no claim to admission and therefore beyond the scope of the Charter.

invariablement mieux que ceux qui ont moins de 25 ans. Le requérant, qui est né en 1941, présente statistiquement des risques de récidive moins élevés que les personnes plus jeunes. La Cour est toutefois liée par l'arrêt *Conseil canadien des églises c. Canada* de la Cour d'appel fédérale. Le requérant n'a pas qualité pour intenter un procès fondé sur la Charte parce que, comme il n'est pas titulaire de la citoyenneté canadienne et qu'il se trouve à l'étranger, il n'a pas le droit de demander son admission et il n'est donc pas visé par la Charte.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 17.
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.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 253 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Suppl.) c. 32, s. 59), 255 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Suppl.), c. 27, s. 36).
Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77, c. 52, ss. 19(2)(a), 83.1 (as am. by S.C. 1988, c. 35, s. 19).
Transport Act, 1981 (U.K.), 1981, c. 56, s. 25, Schedule 8, s. 12(2).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

FOLLOWED:

Canadian Council of Churches v. Canada, [1990] 2 F.C. 534; (1990), 106 N.R. 61 (C.A.); *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1.

REFERRED TO:

Brannson v. Minister of Employment and Immigration, [1981] 2 F.C. 141; (1980), 34 N.R. 411 (C.A.); *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 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; *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.); *Minister of Justice 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; *Naredo v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, T-1985-89, judgment dated 24/7/90, F.C.T.D., not yet reported.

AUTHORS CITED

Canada, *House of Commons Debates*, Vol. III, 6th Sess., 21st Parl., June 10, 1952, at pages 3075 and 3078.
 Driedger, Elmer A. *The Construction of Statutes*,

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.
Code criminel, L.R.C. (1985), chap. C-46, art. 253 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), chap. 32, art. 59), 255 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), chap. 27, art. 36).
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), chap. C-5, art. 17.
Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-77, chap. 52, art. 19(2)a), 83.1 (mod. par L.C. 1988, chap. 35, art. 19).
Transport Act, 1981 (R.-U.), 1981, chap. 56, art. 25, annexe 8, art. 12(2).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS SUIVIES:

Conseil canadien des églises c. Canada, [1990] 2 C.F. 534; (1990), 106 N.R. 61 (C.A.); *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1.

DÉCISIONS MENTIONNÉES:

Brannson c. Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration, [1981] 2 C.F. 141; (1980), 34 N.R. 411 (C.A.); *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; *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.); *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; *Naredo c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, T-1985-89, jugement en date du 24-7-90, C.F. 1^{re} inst., encore inédit.

DOCTRINE

Canada, *Débats de la Chambre des communes: compte rendu officiel*, vol. III, 6^e session, 21^e législature, 10 juin 1952, aux pages 3277 et 3280.

2nd ed., Toronto: Butterworths, 1974.
 Gabor, Thomas *The Prediction of Criminal Behaviour: Statistical Approaches*, Toronto: Univ. of Toronto Press, 1986.
Martin's Annual Criminal Code, 1990, with annotations by Edward L. Greenspan, Aurora, Ontario: Canada Law Book Inc., 1989. **a**

COUNSEL:

David A. Bruner for applicant.
L. April Burey for respondents.

SOLICITORS:

Abraham, Duggan, Hoppe, Niman, Scott, **c**
 Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondents.

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

MULDOON J.: This is a sad case for it appears that the applicant, his wife and child who would appear to be first-rate immigrants are delayed in their application for permanent residence in Canada because of an isolated lapse of no great moral turpitude in the applicant's otherwise apparently impeccable life's story. The Court must dismiss his application with profound regret, because the only alternative would be the Court's own complicity in a breach, albeit a compassionate breach, of the rule of law. **e**

Counsel for both sides agree that these proceedings are properly instituted without need to obtain leave pursuant to section 83.1 [*Immigration Act, 1976*, S.C. 1976-77, c. 52 (as added by S.C. 1988, c. 35, s. 19)] of the current immigration statute. **f**

The relief sought in the applicant's notice of motion filed July 7, 1988, is an apt overture to these reasons. In it the applicant seeks: **g**

... relief in the nature of *certiorari* pursuant to section 18(a) of the *Federal Court Act*, S.C. 1970-1971-1972, c. 1, quashing the refusal by the Respondents dated the 21st day of March, 1988, of the Application for Permanent Residence in Canada of Mayurchandra Khimji Ruparel for reason that the Applicant is

Driedger, Elmer A., *The Construction of Statutes*, 2^e éd., Toronto: Butterworths, 1974.

Gabor, Thomas, *The Prediction of Criminal Behaviour: Statistical Approaches*, Toronto: Univ. of Toronto Press, 1986.

Martin's Annual Criminal Code, 1990, with annotations by Edward L. Greenspan, Aurora, Ontario: Canada Law Book Inc., 1989.

AVOCATS:

b *David A. Bruner* pour le requérant.
L. April Burey pour les intimés.

PROCUREURS:

Abraham, Duggan, Hoppe, Niman, Scott,
 Toronto, pour le requérant.
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 MULDOON: Il s'agit d'une triste affaire car il semble que le requérant, son épouse et leur enfant, qui paraissent être des immigrants de premier ordre, sont retardés dans leur demande de résidence permanente au Canada en raison d'un écart passager qui ne comporte pas une grande turpitude morale dans la conduite par ailleurs irréprochable du requérant. C'est avec beaucoup de regret que la Cour doit rejeter sa requête, parce que la seule autre solution aurait consisté pour la Cour à se faire complice d'une atteinte à la primauté du droit, encore que cette atteinte eût été inspirée par la compassion. **h**

Les avocats des deux parties conviennent que la présente instance peut être régulièrement introduite sans qu'il soit nécessaire d'obtenir l'autorisation prévue à l'article 83.1 [*Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, chap. 52 (ajouté par L.C. 1988, chap. 35, art. 19)] de l'actuelle loi sur l'immigration. **i**

En guise d'introduction aux présents motifs, il convient de reproduire la réparation sollicitée dans l'avis de requête que le requérant a déposé le 7 juillet 1988. Dans cet avis, le requérant sollicite:

[TRADUCTION] ... une réparation de la nature d'un bref de *certiorari* en vertu de l'alinéa 18a) de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.C. 1970-1971-1972, chap. 1, annulant la décision du 21 mars 1988 par laquelle les intimés ont rejeté la demande de résidence permanente au Canada de Mayurchandra Khimji

inadmissible to Canada in that he is a person described in section 19(2)(a)(i) of the *Immigration Act*, 1976, for an order in the nature of *mandamus* pursuant to [said] section 18(a) . . . directing the Respondents to reconsider and process the said application for permanent residence in Canada in accordance with the *Immigration Act*, 1976 (as amended), and the *Immigration Regulations*, 1978 (as amended), and for an order or remedy pursuant to section 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* declaring that section 19(2) of the *Immigration Act*, 1976 (as amended) is inconsistent with the provisions of section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to the extent that it constitutes discrimination based on age, which discrimination is not a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society, and to the extent of the inconsistency, is of no force or effect pursuant to section 52(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, or for such other order as may seem just.

The applicant's affidavit tells of the unfortunate events leading up to his rejection pursuant to subparagraph 19(2)(a)(i) of the *Immigration Act*, 1976 as amended (hereinafter, the Act). Here are that affidavit's pertinent paragraphs:

1. I am a citizen of the United Kingdom.
2. I am married to Jozica Ruparel, a citizen of Yugoslavia.
3. My wife and I have a son, Nicholai Ruparel, who is a citizen of the United Kingdom.
4. I am a professional accountant and my wife is an executive secretary.

8. On the advice of the Canadian High Commission, we contacted my brother, Sudhir Khimji Bhanji Ruparel, a citizen of Canada, who resides in Aurora, Ontario, and on January 19, 1988, my brother executed an Undertaking of Assistance (Assisted Relative Class) at the Toronto East Canada Immigration Centre on our behalf. Attached hereto, and marked as Exhibit "C" to this my Affidavit is a true copy of the guarantor's copy of the Undertaking of Assistance.

9. On or about January 4, 1988, at Great North Road, Barnet, Hertfordshire, I was charged with the offence of driving a motor vehicle on a road after consuming so much alcohol that the proportion thereof in my breath exceeded the prescribed limit, contrary to section 6 and schedule 4 to the *British Road Traffic Act*, 1972, as substituted by section 25 and schedule 8 to the *British Transport Act*, 1981. Attached hereto, and marked as Exhibit "D" to this my Affidavit is a true copy of the charge record issued to me by the Barnet Metropolitan Police. Attached hereto, and marked as Exhibit "E" to this my Affidavit is a true copy of the test record issued to me by the Barnet Metropolitan Police on January 4, 1988, with respect to two specimens of breath provided by me, which results formed the subject matter of the drinking and driving charge referred to herein.

Ruparel au motif que le requérant n'est pas admissible au Canada parce qu'il relève d'un des cas visés par le sous-alinéa 19(2)a)(i) de la *Loi sur l'immigration de 1976*, une ordonnance de la nature d'un bref de *mandamus* en vertu de l'alinéa 18a) [en question] enjoignant aux intimés de réexaminer ladite demande de résidence permanente au Canada conformément à la *Loi sur l'immigration de 1976* (modifiée) et au *Règlement sur l'immigration de 1978* (modifié), et une ordonnance ou une réparation fondée sur le paragraphe 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* déclarant que le paragraphe 19(2) de la *Loi sur l'immigration de 1976* (modifiée) est incompatible avec les dispositions de l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans la mesure où il crée une discrimination fondée sur l'âge, laquelle discrimination n'est pas une restriction prescrite par une règle de droit, dans des limites qui sont raisonnables et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, et déclarant que les dispositions incompatibles du paragraphe 19(2) sont inopérantes en vertu du paragraphe 52(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ou toute autre ordonnance que la Cour jugera bon de prononcer.

Dans son affidavit, le requérant relate les événements malheureux qui ont conduit au rejet de sa demande en vertu du sous-alinéa 19(2)a)(i) de la *Loi sur l'immigration de 1976*, modifiée (ci-après appelée la Loi). Voici les paragraphes pertinents de l'affidavit:

- [TRADUCTION] 1. Je suis un citoyen du Royaume-Uni.
2. Je suis marié à Jozica Ruparel, une citoyenne de la Yougoslavie.
3. Ma femme et moi avons un fils, Nicholai Ruparel, qui est un citoyen du Royaume-Uni.
4. Je suis comptable professionnel et ma femme est secrétaire administrative.

8. Sur l'avis du Haut-commissariat du Canada, nous sommes entrés en communication avec mon frère, Sudhir Khimji Bhanji Ruparel, qui est un citoyen canadien et qui réside à Aurora, en Ontario. Le 19 janvier 1988, mon frère a signé en notre faveur un engagement d'aide (catégorie des parents aidés) au Centre d'immigration du Canada de Toronto-Est. J'ai joint au présent affidavit comme annexe C une copie conforme de l'engagement d'aide du garant.

9. Le 4 janvier 1988, ou vers cette date, sur le chemin Great North, à Barnet (Hertfordshire), j'ai été inculpé d'avoir conduit un véhicule automobile sur une route après avoir consommé une quantité d'alcool telle que la proportion d'alcool dans mon haleine dépassait la limite prescrite, en violation de l'article 6 et de l'annexe 4 de la *British Road Traffic Act* 1972, remplacés par l'article 25 et l'annexe 8 de la *British Transport Act* 1981. J'ai joint au présent affidavit comme annexe D une copie conforme de l'acte d'accusation que le Barnet Metropolitan Police m'a remis. J'ai joint au présent affidavit comme annexe E une copie conforme des résultats du prélèvement que le Barnet Metropolitan Police m'a remis le 4 janvier 1988 au sujet des deux échantillons d'haleine que j'ai fournis, lesquels résultats font l'objet de l'accusation de conduite en état d'ébriété susmentionnée.

10. The test result indicated that the first specimen of breath provided by me contained 57 milligrams [*sic*] of alcohol per 100 millilitres of breath and the second specimen of breath contained 56 milligrams [*sic*] of alcohol in 100 millilitres of breath.

11. On or about January 18, 1988, I attended the Barnet Magistrates Court, High Street Barnet, and pleaded guilty to the drinking and driving offence. I was sentenced to a fine of £225 sterling and my driver's licence was disqualified for one year.

12. In or about March, 1988, my wife and I attended a visa interview at the Canadian High Commission in London.

13. At the time of the interview, I disclosed the conviction referred to herein to the Visa Officer, F.J. Mark, Second Secretary.

14. By letter dated March 21, 1988, a true copy of which is marked as Exhibit "F" to this my Affidavit, I was advised by the Canadian High Commission in London that my Application for Permanent Residence in Canada was refused because it has been determined that I am inadmissible to Canada because I am a person described in section 19(2)(a)(i) of the *Immigration Act, 1976*.

15. With the exception of the conviction for drinking and driving dated January 18, 1988, I have never been convicted of any crime of [*sic-or*] offence.

16. In the evening of January 4, 1988, my last day of work in Canada Life Insurance Company of Potters Bar, U.K., I drank two and a half pints of beer with my colleagues from work. At approximately 9 p.m., I was stopped by the police as I was driving home. I told the police, and later the court, that it was foolish to have driven after drinking. I am only an occasional drinker and I do not abuse alcohol.

In paragraph 10, above, the applicant must have relied too much on his solicitors: the charge related to microgrammes, not milligrams of alcohol in 100 millilitres of breath.

Paragraph 16, above, states the isolated and no doubt aberrant lapse in the conduct of the applicant's life. If only he had engaged a taxi! So say many, ruefully, and accordingly, they, like the applicant, pay their "debts to society".

The applicant had to pay the fine and undergo the year's disqualification from driving, both comprising his sentence, upon conviction for the following offence:

... you did drive a motor vehicle on a road or other public place after consuming so much alcohol that the proportion thereof in your breath exceeded the prescribed limit.

10. Les résultats du prélèvement indiquent que le premier échantillon d'haleine que j'ai fourni contenait 57 milligrammes [*sic*] d'alcool par 100 millilitres d'haleine et que le second échantillon d'haleine contenait 56 milligrammes [*sic*] d'alcool par 100 millilitres d'haleine.

^a 11. Le 18 janvier 1988, ou vers cette date, je me suis présenté au palais de justice de Barnet, sur la rue High, à Barnet, et j'ai reconnu ma culpabilité à l'infraction de conduite en état d'ébriété. J'ai été condamné à une amende de 225 livres sterling et mon permis de conduire a été suspendu pour une période d'un an.

^b 12. Au cours du mois de mars de 1988, ma femme et moi avons été reçus en entrevue par un agent des visas au Haut-commissariat du Canada à Londres.

13. Au cours de cette entrevue, j'ai révélé l'existence de la condamnation susmentionnée à l'agent des visas, le deuxième ^c secrétaire F.J. Mark.

14. Par lettre datée du 21 mars 1988, dont une copie conforme est jointe au présent affidavit comme annexe F, le Haut-commissariat du Canada à Londres m'a informé que ma demande de résidence permanente au Canada était refusée parce qu'on avait conclu que je n'étais pas admissible au Canada parce que ^d je relevais d'un des cas visés par le sous-alinéa 19(2)(a)(i) de la *Loi sur l'immigration de 1976*.

15. À l'exception de la condamnation pour conduite en état d'ébriété datée du 18 janvier 1988, je n'ai jamais été déclaré coupable d'un crime ou d'une infraction.

^e 16. Au cours de la soirée du 4 janvier 1988, mon dernier jour de travail chez Canada Life Insurance Company de Potters Bar (R.-U.), j'ai bu deux pintes et demie de bière avec mes collègues de travail. Vers 21 h, la police m'a arrêté alors que je rentrais chez moi en voiture. J'ai expliqué aux policiers, et par la suite à la cour, que j'avais fait une bêtise en prenant le volant ^f après avoir bu. Je ne bois qu'à l'occasion et je n'abuse pas d'alcool.

Au paragraphe 10 ci-dessus, le requérant doit s'être trop fié à ses procureurs: l'accusation parlait ^g de microgrammes, et non de milligrammes d'alcool par 100 millilitres d'haleine.

Au paragraphe 16, le requérant relate son écart de conduite passager et sans doute inusité. Si seulement il avait pris un taxi! C'est ce que se ^h disent, avec regret, beaucoup de personnes qui, comme le requérant, doivent en conséquence «s'acquitter de leur dette envers la société».

Le requérant a été condamné à une amende et a ⁱ eu son permis de conduire suspendu pendant un an. Ce sont les deux volets de la peine qui lui a été infligée après qu'il eut été reconnu coupable de l'infraction suivante:

[TRADUCTION] ... d'avoir conduit un véhicule automobile sur ^j une route ou dans un autre endroit public après avoir consommé une quantité d'alcool telle que la proportion d'alcool dans votre haleine dépassait la limite prescrite.

Contrary to Section 6 and Schedule 4 to the *Road Traffic Act, 1972* as substituted by section 25 and Schedule 8 to the *Transport Act, 1981*. (applicant's exhibit "D")

The second above-cited statute [*Transport Act, 1981* (U.K.), 1981, c. 56] provides in its subsection 25(3):

25. ...

(3) For sections 6 to 12 of the 1972 Act there are substituted the sections set out in Schedule 8.

The new section 6 refers to the proportion of alcohol in a person's "breath, blood, or urine" [emphasis added] as did the former section. It is provided in the *Transport Act, 1981* mentioned in the charge above recited. The "prescribed limit" is set out in Schedule 8, subsection 12(2), to mean:

12. ...

(2) ... as the case may require —

- (a) 35 microgrammes of alcohol in 100 millilitres of breath;
 - (b) 80 milligrammes of alcohol in 100 millilitres of blood; or
 - (c) 107 milligrammes of alcohol in 100 millilitres of urine;
- or such other proportion as may be prescribed by regulations made by the Secretary of State.

No such regulations which might have been in force in January, 1988, were brought to the Court's attention. Each stated proportion of alcohol is the equivalent of the other two. It is necessary only to note that section 17 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, exacts that judicial notice be taken of all Acts of the Imperial Parliament. Accordingly the Court must take judicial notice of the "debt to society" which persons in the U.K. must pay for the commission of the above defined offence and of the ingredients of the offence.

The applicant, however, is inflicted with a heavier "debt" than most other British citizens because he was in the process of immigrating, with his family, to Canada. It is Canadian law which imposes the further penalty, whereby the Act provides:

19. ...

(2) No immigrant and, except as provided in subsection (3), no visitor shall be granted admission if he is a member of any of the following classes:

- (a) persons who have been convicted of an offence that, if committed in Canada, constitutes or, if committed outside

En violation de l'article 6 et de l'annexe 4 de la *British Road Traffic Act, 1972*, remplacés par l'article 25 et l'annexe 8 de la *British Transport Act, 1981*. (Annexe D du requérant.)

La seconde loi susmentionnée [*Transport Act, 1981* (U.K.), 1981, chap. 56] dispose, à son paragraphe 25(3):

[TRADUCTION] 25. ...

(3) Les articles 6 à 12 de la Loi de 1972 sont remplacés par les articles énoncés à l'annexe 8.

Le nouvel article 6 parle de la proportion d'alcool dans [TRADUCTION] «l'haleine, le sang ou l'urine» [soulignement ajouté] d'une personne, tout comme l'ancien article. Il se trouve dans la *Transport Act, 1981* mentionnée dans l'accusation précitée. La «limite prescrite» est définie comme suit au paragraphe 12(2) de l'annexe 8:

[TRADUCTION] 12. ...

(2) ... selon le cas —

- a) 35 microgrammes d'alcool par 100 millilitres d'haleine;
 - b) 80 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang; ou
 - c) 107 milligrammes d'alcool par 100 millilitres d'urine;
- ou toute autre proportion prescrite par règlement pris par le Secrétaire d'État.

On n'a pas appelé l'attention de la Cour sur l'existence d'un tel règlement qui aurait été en vigueur en janvier 1988. Chaque proportion définie d'alcool équivaut aux deux autres. Il y a seulement lieu de noter que l'article 17 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), chap. C-5, exige de prendre connaissance d'office de toutes les lois du Parlement impérial. En conséquence, la Cour doit prendre connaissance d'office de la «dette envers la société» dont les personnes qui se trouvent au Royaume-Uni doivent s'acquitter pour la perpétration de l'infraction définie ci-dessus et des éléments constitutifs de l'infraction.

Le requérant se voit cependant infliger une «dette» plus lourde que la plupart des autres citoyens britanniques parce qu'il cherchait alors à immigrer avec sa famille au Canada. C'est la loi canadienne qui lui inflige l'autre peine, qui est prévue par la Loi:

19. ...

(2) Ne peuvent obtenir l'admission, les immigrants et, sous réserve du paragraphe (3), les visiteurs qui

- a) ont été déclarés coupables d'une infraction qui constitue, qu'elle ait été commise au Canada ou à l'étranger, une

Canada, would constitute an offence that may be punishable by way of indictment under any other Act of Parliament and for which a maximum term of imprisonment of less than ten years may be imposed, except persons who have satisfied the Minister that they have rehabilitated themselves and that

- (i) in the case of persons who were convicted of any such offence when they were twenty-one or more years of age, at least five years have elapsed since the termination of the sentence imposed for the offence, or
- (ii) in the case of persons who were convicted of any such offence when they were less than twenty-one years of age, at least two years have elapsed since the termination of the sentence imposed for the offence; [Emphasis added.]

It will be noted that as between subparagraphs (i) and (ii) there is a distinction, if not a discriminatory inequality, based on whether the subject be less than 21 years of age, or be that age or older.

Another notable aspect of paragraph 19(2)(a), at least in regard to the applicant's obviously earnest submissions, is that it does not mention a "crime" or "moral turpitude" at all, despite its exceptional reference to "persons who have satisfied the Minister that they have rehabilitated themselves". It ought to be mighty easy to give such satisfaction after a once-in-a-lifetime conviction of driving with excessively alcoholic breath, blood or urine. Nevertheless, instead of "crime" or "moral turpitude", the Act refers only to "an offence . . . under any other Act of Parliament", which expression covers a great multitude of not only *mala prohibita*, but also of course *mala in se*, the "real" crimes. All crimes are offences, but not all offences are crimes; and Parliament simply avoided any distinction by adopting the broader expression "offence" in paragraph 19(2)(a) of the Act.

The Revised Statutes of Canada, 1985, were proclaimed in force as of December 12, 1988, but certain intervening legislation in the field of criminal law actually amended R.S.C., 1985 such that the applicable law here may be conveniently found in sections 253 and 255 set out in *Martin's Annual Criminal Code, 1990*. These provisions of the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46 (as am. by R.S.C. 1985 (4th Supp.), c. 32, s. 59)] are those

infraction qui peut être punissable par voie d'acte d'accusation, en vertu d'une autre loi du Parlement, d'une peine maximale de moins de dix ans d'emprisonnement, à l'exception de ceux qui établissent à la satisfaction du Ministre qu'ils se sont réhabilités et:

- (i) qu'au moins cinq ans se sont écoulés depuis la date de l'expiration de leur peine, au cas où l'auteur était âgé d'au moins vingt et un ans lors de la déclaration de culpabilité, ou
- (ii) qu'au moins deux ans se sont écoulés depuis la date de l'expiration de leur peine, au cas où l'auteur était âgé de moins de vingt et un ans lors de la déclaration de culpabilité; [Soulignement ajouté.]

On remarquera que les sous-alinéas (i) et (ii) établissent une distinction, sinon une inégalité discriminatoire, entre les personnes qui sont âgées de moins de 21 ans et celles qui sont âgées d'au moins 21 ans.

Un autre aspect remarquable de l'alinéa 19(2)a), du moins en ce qui concerne les prétentions que le requérant formule de toute évidence d'un ton convaincu, est qu'il ne parle pas du tout de «crime» ou de «turpitude morale», malgré l'exception qu'il prévoit dans le cas de «ceux qui établissent à la satisfaction du Ministre qu'ils se sont réhabilités». Il devrait être rudement facile d'apporter cette preuve lorsqu'on a été condamné une seule fois dans sa vie pour avoir conduit avec une proportion excessive d'alcool dans l'haleine, le sang ou l'urine. Cependant, au lieu de parler de «crime» ou de «turpitude morale», la Loi ne parle que d'infraction . . . en vertu d'une autre loi fédérale», laquelle expression englobe une multitude non seulement d'actes interdits par la loi, mais aussi bien sûr d'actes mauvais en eux-mêmes, les «véritables» crimes. Tous les crimes sont des infractions, mais ce ne sont pas toutes les infractions qui sont des crimes, et le législateur fédéral a tout simplement évité toute distinction en adoptant le terme plus large «infraction» à l'alinéa 19(2)a) de la Loi.

Les Lois révisées du Canada de 1985 sont entrées en vigueur le 12 décembre 1988, mais entre temps, certaines dispositions législatives ressortissant au domaine du droit criminel ont en fait modifié les L.R.C. de 1985, de sorte qu'on peut commodément trouver les dispositions applicables en l'espèce aux articles 253 et 255 du *Martin's Annual Criminal Code, 1990*. Ces dispositions du *Code criminel* [L.R.C. (1985), chap. 46 (mod. par

offences "under any other Act of Parliament" mentioned in paragraph 19(2)(a):

253. Every one commits an offence who operates a motor vehicle

(b) having consumed alcohol in such a quantity that the concentration in the person's blood exceeds eighty milligrams of alcohol in one hundred millilitres of blood.

The *Criminal Code*, not being road traffic legislation, does not limit the above offence to being committed only on a highway. It can be committed anywhere including on or along a highway, street or road. So, here one notes the offence in Canada of driving a motor vehicle, on or off a road or other public or private place, after consuming so much alcohol as to concentrate in the blood a proportion exceeding 80 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood, (or its equivalent in the breath of 35 micrograms of alcohol in 100 millilitres of breath).

It regrettably appears that the applicant was convicted in the U.K. of an offence which, if committed in Canada, constitutes an offence under any other Act of Parliament, the *Criminal Code*. But is it an offence in Canada which "may be punishable by way of indictment under" the *Criminal Code*? Alas, it is. Section 255 [as am. by R.S.C., 1985, (1st Supp.), c. 27, s. 36] of the Code in part provides:

255. (1) Every one who commits an offence under section 253 or 254 is guilty of an indictable offence or an offence punishable on summary conviction and is liable,

(a) whether the offence is prosecuted by indictment or punishable on summary conviction, to the following minimum punishment, namely,

(i) for a first offence, to a fine of not less than three hundred dollars,

(ii) for a second offence, to imprisonment for not less than fourteen days, and

(iii) for each subsequent offence, to imprisonment for not less than ninety days;

(b) where the offence is prosecuted by indictment, to imprisonment for a term not exceeding five years; and

(c) where the offence is punishable on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding six months.

(2) Every one who commits an offence under paragraph 253(a) and thereby causes bodily harm to any other person is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding ten years.

(3) Every one who commits an offence under paragraph 253(a) and thereby causes the death of any other person is

L.R.C. (1985) (4^e suppl.), chap. 32, art. 59)] sont les infractions prévues par «une autre loi du Parlement» dont il est question à l'alinéa 19(2)a):

253. Commet une infraction quiconque conduit un véhicule à moteur

b) lorsqu'il a consommé une quantité d'alcool telle que son alcoolémie dépasse quatre-vingts milligrammes d'alcool par cent millilitres de sang.

b) Comme il n'est pas un code de la route, le *Code criminel* ne limite pas l'infraction ci-dessus aux seuls cas où elle est commise sur une grande route, dans une rue ou sur un chemin ou le long de ceux-ci. On constate donc ici l'existence au Canada d'une infraction de conduite d'un véhicule à moteur sur une route ou hors d'une route ou dans un autre endroit public ou privé, après avoir consommé une quantité d'alcool telle que l'alcoolémie dépasse 80 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang (ou son équivalent de 35 microgrammes d'alcool par 100 millilitres d'haleine).

Malheureusement, il semble que le requérant a été déclaré coupable au R.-U. d'une infraction qui, si elle avait été commise au Canada, constituerait une infraction prévue par une autre loi fédérale, le *Code criminel*. Mais s'agit-il d'une infraction qui «peut être punissable par voie d'acte d'accusation» en vertu du *Code criminel*? Hélas oui. L'article 255 [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), chap. 27, art. 36] du Code dispose notamment:

255. (1) Quiconque commet une infraction prévue à l'article 253 ou 254 est coupable d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire ou par mise en accusation et est passible:

a) que l'infraction soit poursuivie par mise en accusation ou par procédure sommaire, des peines minimales suivantes:

(i) pour la première infraction, une amende minimale de trois cents dollars,

(ii) pour la seconde infraction, un emprisonnement minimal de quatorze jours,

(iii) pour chaque infraction subséquente, un emprisonnement minimal de quatre-vingt-dix jours;

b) si l'infraction est poursuivie par mise en accusation, d'un emprisonnement maximal de cinq ans;

c) si l'infraction est poursuivie par procédure sommaire, d'un emprisonnement maximal de six mois.

(2) Quiconque commet une infraction prévue à l'alinéa 253a) et cause ainsi des lésions corporelles à une autre personne est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de dix ans.

(3) Quiconque commet une infraction prévue à l'alinéa 253a) et cause ainsi la mort d'une autre personne est coupable

guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding fourteen years.

This is a "hybrid offence" with Crown option as to manner of proceeding.

Now it would seem highly unlikely that the Crown would have proceeded by way of indictment, if the applicant had committed the offence in Canada. Luckily, he seems to have caused no death, no personal injuries and no property damage. Nevertheless, it is the terms of paragraph 19(2)(a) which govern, as enacted.

Exhibit "C" to Janet Rowsell's affidavit filed for the applicant, is a "copy of an excerpt from the Canadian House of Commons, Parliamentary Debates of June 10th, 1952, including the statement of the Honourable W. E. Harris, Minister of Citizenship and Immigration upon moving a [sic] second reading of Bill No. 305, an Act Respecting Immigration". In Elmer A. Driedger's well-respected work, *The Construction of Statutes*, Butterworths, Toronto, Chapter 8, "External Context", it is stated at page 130: "It is well established that parliamentary debates are not admissible to show Parliamentary intent", followed by a footnote of weighty authorities. The statement of the Hon. Walter E. Harris recorded in the Commons' Hansard, even if admissible to record his understanding and intent on that day, does not, and nor does the applicant, say anything of the debates in the Senate, that other multi-member organ of Canada's bicameral legislature, nor whether Bill No. 305 was ever amended before being enacted.

The learned author Driedger suggests that if a minister's speech be inadmissible to show intent, then, logically it might be "more" admissible to show "the evil or mischief" [which provoked introduction of the Bill]. However, the learned author notes (at pages 130-131), "Perhaps the reason for rejecting a Minister's speech in Parliament to show mischief is that a Royal Commission is sup-

d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de quatorze ans.

C'est une «infraction hybride» qui accorde au ministère public un choix quant à la façon de poursuivre.

Or, il semblerait très peu probable que le ministère public aurait poursuivi le requérant par mise en accusation si celui-ci avait commis l'infraction au Canada. Par bonheur, il semble qu'il n'ait pas causé la mort, des lésions corporelles ou des dommages matériels. Néanmoins, ce sont les dispositions de l'alinéa 19(2)a) qui s'appliquent, telles qu'elles ont été édictées.

Pour le compte du requérant, on a joint à l'affidavit de Janet Rowsell l'annexe «C», une [TRADUCTION] «copie d'un extrait des débats parlementaires du 10 juin 1952 de la Chambre des communes du Canada, y compris la déclaration qu'a faite le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, W. E. Harris, en proposant la deuxième lecture du projet de loi n° 305 concernant l'immigration». Dans son ouvrage fort respecté, *The Construction of Statutes*, Butterworths, Toronto, au chapitre 8 intitulé [TRADUCTION] «Contexte extérieur», Elmer A. Driedger affirme, à la page 130: [TRADUCTION] «Il est bien établi que les débats parlementaires sont irrecevables pour démontrer l'intention du législateur». L'auteur renvoie ensuite à des précédents de poids. Même si elle était recevable pour rendre compte de sa compréhension et de son intention ce jour-là, la déclaration de M. Walter E. Harris consignée dans le compte rendu des débats de la Chambre des communes ne dit rien des débats qui ont eu lieu devant le Sénat, cet organe à plusieurs membres du corps législatif bicaméral du Canada, et ne permet pas de savoir si le projet de loi n° 305 a été amendé avant d'être édicté. Le requérant n'en souffle pas mot non plus.

Driedger souligne que si le discours du ministre n'est pas recevable pour démontrer l'intention du législateur, il pourrait donc logiquement être «davantage» recevable pour établir [TRADUCTION] «le mal ou l'abus» [qui a suscité la présentation du projet de loi]. L'éminent auteur fait toutefois observer (aux pages 130 et 131): [TRADUCTION] «L'irrecevabilité du discours prononcé par un ministre devant le Parlement aux fins d'établir l'abus que l'on voulait réformer tient peut-être au fait qu'une commission royale est censée être

posed to be objective, and evidence tendered to it is normally given under oath.”

Other good reasons for rejecting speeches in Parliamentary debates are that they are not law, they sometimes misstate the law, and are frequently made for partisan advantage or public effect. In the instant example, whereas the Minister proudly mentioned (Hansard, at page 3075) that dichotomy between persons younger than 21 years and those 21 years of age and older, the Opposition spokesman, Hon. Donald Fleming in welcoming the proposed reforms (Hansard, at page 3078) chose to ignore that dichotomy in dealing in his remarks with people “who, having been convicted of crimes involving moral turpitude, have nevertheless established themselves in society or, as the bill puts it, are rehabilitated”. Whose version, in one chamber of the bicameral Parliament, can be said to unlock any secrets of interpretation?

Neither speaker “speaks” law: it is Parliament (composed of Sovereign, Senate and Commons) which “enacts” law. Parliament should be taken to say what it means and to mean what it says, especially in this instance, since there is no cryptic or other ambiguity in the Act’s text in this regard. Therefore, it is the provisions of paragraph 19(2)(a) as enacted, which govern here.

They do not speak of or exempt an offence which probably would have been charged as a summary conviction offence, nor yet of a hybrid offence which could possibly have been charged by indictment. On the contrary, in paragraph 19(2)(a) of the Act, Parliament most articulately and unambiguously speaks of “an offence that may be punishable by way of indictment under any other Act of Parliament” [emphasis added] and that emphasized expression includes, of course, an offence which may possibly not be punishable by way of indictment, but rather by way of summary conviction proceedings, as is found in section 253 of the *Criminal Code*. The essential elements of the respective offences correspond with each other: *Brannson v. Minister of Employment and Immi-*

objective, et que les dépositions qui lui sont présentées sont normalement faites sous serment.»

Il existe d’autres bonnes raisons d’écartier les discours faits au cours des débats parlementaires: ils ne constituent pas une loi, ils énoncent parfois incorrectement la loi, et ils sont souvent faits pour servir des visées partisans ou pour un effet public. Dans le cas qui nous occupe, alors que le ministre a fièrement fait état (à la page 3277 du compte rendu officiel des débats de la Chambre) de la dichotomie qui existait entre les personnes âgées de moins de 21 ans et celles d’au moins 21 ans, le porte-parole de l’opposition, M. Donald Fleming, en se réjouissant des réformes proposées (à la page 3280), a choisi de passer sous silence cette dichotomie en traitant, dans ses observations, des personnes «qui, s’étant rendues coupables de crimes impliquant turpitude morale, ont néanmoins retrouvé leur place dans la société où, comme le dit le projet de loi, se sont réhabilitées». Entre ces deux personnes, qui sont membres d’une des deux chambres du Parlement, quelle est celle dont on peut dire que sa version révèle des secrets d’interprétation?

Ni l’un ni l’autre des orateurs ne «dit» la loi: c’est le Parlement (qui est composé du Souverain, du Sénat et des Communes) qui «édicte» les lois. Il faut supposer que le Parlement a bien pesé ses mots, surtout dans le cas qui nous occupe, puisqu’il n’y a pas d’énigme ou d’autres ambiguïtés dans le texte de la loi à cet égard. En conséquence, ce sont les dispositions de l’alinéa 19(2)a) qui ont été édictées qui s’appliquent en l’espèce.

Ces dispositions ne parlent pas d’une infraction qui aurait probablement été poursuivie comme une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, ni encore d’une infraction hybride qui aurait pu être poursuivie par mise en accusation et elles ne prévoient pas d’exemption pour ce genre d’infractions. Au contraire, à l’alinéa 19(2)a) de la Loi, le législateur parle de façon bien nette et bien claire d’une infraction qui peut être punissable par voie d’acte d’accusation, en vertu d’une autre loi du Parlement» [soulignement ajouté], et les mots soulignés englobent évidemment l’infraction qui pourrait peut-être ne pas être punissable par mise en accusation, mais plutôt par procédure sommaire, comme celle qu’on trouve à l’article 253 du *Code criminel*. Les éléments essen-

gration, [1981] 2 F.C. 141 (C.A.), at pages 152-153.

In view of the general age of majority in both federal and provincial laws in Canada being set at 18 years of age, subparagraphs 19(2)(a)(i) and (ii) draw a distinction between those adults who are between 18 and 21 years of age in subparagraph (i) and those adults who are 21 years of age or older in subparagraph (ii). The distinction, prescribed by the cited law, does not appear to be demonstrably justified in terms of section 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part 1 of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]. Indeed the Crown, which here upholds those limits prescribed by law, fails to demonstrate the justification for such a sterile discrimination as between adult persons who are over the age of 18 years.

The sterility of the provision appears to reside in its counter-productivity, quite apart from its irrelevant discrimination on personal characteristics in breach of subsection 15(1) of the Charter: *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143. Subparagraphs (i) and (ii) are surely counter-productive according to the author Thomas Gabor, an excerpt from whose opus, *The Prediction of Criminal Behaviour: Statistical Approaches*, 1986 Univ. of Toronto Press, is appended as exhibit "H" to Janet Rowsell's affidavit, filed by the applicant. The following passages, at pages 36 and 37 of that work are, among others, pertinent:

As in the two cohort studies just cited, an early age of delinquency onset was positively related to the total number of contacts with the criminal justice system. An interesting finding was that individuals with four or more contacts prior to the age of 18 had a better-than-even likelihood of exceeding that number of contacts following the age of 18, whereas, for those with three or less prior contacts, the situation was reversed — that is, less than half exceeded their pre-18 total following that age. What this seems to indicate is an intensification of crimi-

tiels de chacune des infractions correspondant (*Brannson c. Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1981] 2 C.F. 141 (C.A.), aux pages 152 et 153).

^a Compte tenu du fait que les lois fédérales et provinciales canadiennes fixent l'âge général de la majorité à 18 ans, les sous-alinéas 19(2)(a)(i) et (ii) établissent une distinction entre les adultes qui ont entre 18 et 21 ans et qui sont visés par le sous-alinéa (i) et les adultes âgés d'au moins 21 ans qui sont visés par le sous-alinéa (ii). La distinction, qui est prescrite par la règle de droit précitée, ne semble pas être raisonnable et sa justification ne semble pas pouvoir se démontrer au sens de l'article premier 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]]. D'ailleurs, la Couronne, qui défend en l'espèce ces limites prescrites par une règle de droit, n'a pas réussi à démontrer la justification d'une distinction aussi stérile entre des adultes qui sont âgés de plus de 18 ans.

La stérilité de cette disposition semble résider dans le fait qu'elle fait plus de mal que de bien, hormis qu'elle crée une discrimination non pertinente fondée sur des caractéristiques personnelles, en violation du paragraphe 15(1) de la Charte (*Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143). Les sous-alinéas (i) et (ii) font certainement plus de mal que de bien suivant Thomas Gabor, dont un extrait de son ouvrage *The Prediction of Criminal Behaviour: Statistical Approaches*, 1986 Univ. of Toronto Press, est joint comme annexe H à l'affidavit de Janet Rowsell que le requérant a déposé. Les passages suivants, tirés des pages 36 et 37 de cet ouvrage, sont parmi les plus pertinents:

[TRADUCTION] Comme dans les deux études de cohorte que nous venons tout juste de citer, on a établi une corrélation certaine entre une délinquance ayant débuté à un âge précoce et le nombre total de démêlés avec la justice criminelle. Parmi les conclusions intéressantes, mentionnons celle suivant laquelle les individus qui avaient eu au moins quatre démêlés avant l'âge de 18 ans avaient plus de chances que la moyenne de dépasser ce nombre après avoir atteint l'âge de 18 ans, tandis que dans le cas de ceux qui avaient eu trois démêlés ou moins, la situation était inversée: moins que la moitié d'entre eux avaient eu plus de démêlés que ceux qu'ils avaient eus avant l'âge de 18 ans. Cela semble indiquer une intensification de la criminalité chez les individus qui étaient déjà criminellement actifs à l'adole-

nality for those already criminally active as juveniles and a tapering off for those never deeply committed to criminality.

Another way of examining the age factor is to observe parole outcome at various ages. In a study of 7,245 parolees released in 1968 across the United States, Babst, Koval, and Neithercutt (1972) found that the probability of parole success was almost invariant across different age groups. This included comparisons between those aged 19 years and less with those over 40 years of age. However, when offenders were classified according to their prior criminal records and drug or alcohol involvement, those over 25 years of age consistently did better than those under that age. In a Canadian study of 423 Ontario parolees in 1968, Waller (1974), using the same cutting-off point of 25 years of age, found that the younger parolees were substantially higher recidivism risks than were those in the older categories.

Born in March, 1941, the applicant, along with others of his age presents less risk of further criminal behaviour, or of committing further offences than do male persons younger than 18 years of age. The age discrimination in paragraph 19(2)(a) appears unjust and unjustifiable.

If that were all there were to it, the Court would grant the asked-for orders in the nature of *certiorari* and *mandamus* sought by the applicant. The Court would then find that the distinction residing in subparagraphs (i) and (ii) would be inoperative, and hence inapplicable to the applicant because it constitutes a violation of section 15 of the Charter. Unfortunately for the applicant there is more to this case than is above considered.

Even although the respondents have conceded that the requirements stated by Mr. Justice Mahoney for the Appeal Division of this Court in *Wilson v. Minister of Justice*, [1985] 1 F.C. 586 are met, and they concede that this application for declaratory relief should not be dismissed solely because it was not instituted by a statement of claim, that concession of progress does not spell the end of the hurdles facing the applicant. There is yet one further question of what might be said to be assimilated to standing, or the applicant's status to institute these proceedings. Consideration of

cence et une atténuation pour ceux qui ne s'étaient pas engagés à fond de train dans des activités criminelles.

Une autre façon d'étudier le facteur de l'âge consiste à faire le suivi des personnes de divers âges qui sont libérées sous condition. Dans une étude menée à la grandeur des États-Unis qui a été publiée en 1968 et qui portait sur 7 245 libérés conditionnels, Babst, Koval et Neithercutt (1972) ont constaté que les probabilités de succès de la libération conditionnelle étaient pratiquement invariables d'un groupe d'âge à l'autre. Les auteurs avaient notamment comparé des personnes âgées de 19 ans et moins avec des personnes de plus de 40 ans. Cependant, lorsque les contrevenants étaient classés selon leurs antécédents judiciaires et leurs problèmes de drogue et d'alcool, ceux qui étaient âgés de plus de 25 ans s'en tiraient invariablement mieux que ceux qui avaient moins de 25 ans. Dans une étude canadienne menée au sujet de 423 personnes libérées sous condition en Ontario en 1968, Waller (1974), qui utilisait la même limite d'inclusion de 25 ans, a constaté que les libérés conditionnels les plus jeunes présentaient des risques de récidive sensiblement plus élevés que ceux qui se retrouvaient dans les catégories plus âgées.

Le requérant, qui est né en mars 1941, présente, avec les autres personnes de son âge, des risques moins élevés que les personnes de sexe masculin âgées de moins de 18 ans d'avoir d'autres comportements criminels ou de commettre d'autres infractions. La distinction fondée sur l'âge qu'établit l'alinéa 19(2)a) semble injuste et injustifiable.

Si le débat était vidé, la Cour pourrait accorder les ordonnances de bref de *certiorari* et de *mandamus* sollicitées par le requérant. La Cour conclurait ensuite que la distinction qu'on trouve aux sous-alinéas (i) et (ii) est inopérante et, partant, qu'elle ne s'applique pas au requérant parce qu'elle constitue une violation de l'article 15 de la Charte. Malheureusement pour le requérant, la présente affaire ne se limite pas à ce que nous venons d'examiner.

Même si les intimés ont reconnu que les exigences formulées par le juge Mahoney de la Section d'appel de notre Cour dans l'arrêt *Wilson c. Ministre de la Justice*, [1985] 1 C.F. 586 ont été respectées—et ils admettent que la présente demande de jugement déclaratoire ne devrait pas être rejetée au seul motif qu'elle n'a pas été introduite au moyen d'une déclaration—le requérant n'est pas pour autant au bout de ses peines. Il reste à examiner encore une autre question, qui pourrait être assimilée à la qualité pour agir, ou à l'intérêt du requérant pour exercer le présent recours. Pour

that matter requires a short viewing of the progress of this litigation.

The hearing of this case occurred in Toronto on October 30, 1989. The Court called upon the counsel on each side to provide further argument in writing, on a schedule terminating on or about December 5, 1989, with which counsel faithfully complied. But, by that time it appeared that the Appeal Division's adjudication of the Crown's appeal in *Canadian Council of Churches v. Canada*, [1990] 2 F.C. 534, would probably shed light on the question of standing faced by the applicant herein, and that the Appeal Division ought to be tracked if its decision appeared to be reasonably imminent. The Appeal Division heard the case in January, 1989, and its unanimous judgment was rendered by Mr. Justice MacGuigan on March 12, 1990, the beginning of a long, inopportune period for the formulation of this Court's reasons in this case at bar.

The *Council of Churches* case is one in which the standing to institute Charter litigation is profoundly explored and the Appeal Division's judgment in part could have been, and in fact was determinative of the law in regard to the applicant's status in these present proceedings. That judgment shed old and new light. The Council filed its statement of claim in January, 1989, seeking a declaration that most of the operative provisions of the new *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2], as well as several provisions of the old Act were unconstitutional as breaching the Charter and the *Canadian Bill of Rights* [R.S.C., 1985, Appendix III]. The Government applied under Rule 419(1) [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663] for an order striking out the statement of claim on the bases that the Council of Churches lacked standing to seek declarations of legislative invalidity and that the statement of claim, in any event, disclosed no reasonable cause of action.

Under the approach to the matter of standing, crystallized in *Minister of Justice et al. v. Borowski* [Borowski No. 1], [1981] 2 S.C.R. 575, before

examiner cette question, il faut relater brièvement le déroulement de la présente instance.

L'audition de la présente affaire a eu lieu à Toronto le 30 octobre 1989. La Cour a invité les avocats des deux parties à lui présenter des observations par écrit, selon un échéancier se terminant vers le 5 décembre 1989. Les avocats ont fidèlement respecté les délais qui leur étaient impartis. Mais on s'est alors rendu compte que l'arrêt que la Section d'appel s'apprêtait à rendre au sujet de l'appel interjeté par la Couronne dans l'affaire *Conseil canadien des églises c. Canada*, [1990] 2 C.F. 534, éclaircirait probablement la question de la qualité pour agir à laquelle le requérant à l'instance doit faire face en l'espèce, et qu'il fallait attendre l'arrêt de la Section d'appel, si celui-ci paraissait raisonnablement imminent. La Section d'appel a entendu l'affaire en janvier de 1989 et son jugement unanime a été prononcé par le juge MacGuigan le 12 mars 1990, au début d'une période longue et inopportune pour la formulation des motifs de notre Cour dans l'affaire qui nous occupe.

Dans l'arrêt *Conseil canadien des églises*, on a étudié à fond la question de la qualité pour introduire une action fondée sur la Charte et l'arrêt de la Section d'appel a en partie effectivement dit le droit en ce qui concerne la qualité pour agir du requérant à l'instance. Cet arrêt a jeté un jour nouveau sur la question et a réitéré d'anciens principes. Le Conseil a déposé sa déclaration en janvier de 1989. Il sollicitait un jugement déclarant inconstitutionnelles la plupart des dispositions essentielles de la nouvelle *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), chap. I-2], ainsi que plusieurs des dispositions de l'ancienne loi, au motif qu'elles violaient la Charte et la *Déclaration canadienne des droits* [L.R.C. (1985), appendice III]. L'État a présenté une demande fondée sur la Règle 419(1) [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663] en vue de faire radier la déclaration au motif que le Conseil des églises n'avait pas qualité pour demander un jugement déclarant des dispositions législatives inconstitutionnelles et que de toute façon la déclaration ne révélait pas une cause raisonnable d'action.

Suivant l'approche de la question de la qualité pour agir qui a été cristallisée dans l'arrêt *Ministre de la Justice du Canada et autre c. Borowski*

the emplacement of the Charter but later than that of the *Canadian Bill of Rights*, the law, according to MacGuigan J.A. in the *Council of Churches* case, may be taken to accord litigants the choice between showing that they are personally affected and showing that they are entitled to public-interest standing. Here, it is quite clear that the applicant is indeed personally affected by the operation of paragraph 19(2)(a) of the Act, and so the other choice does not come into consideration.

As mentioned, on the facts of this case the Court would be quite prepared to accord this apparently worthy applicant the relief he seeks, including a declaration. The Court quite readily notes that it is the undoubted right of Canada to bar entry and residence to persons of criminal proclivities, but in the name of common sense and sanity, it is apparent (at least on this record) that the applicant is a good citizen who is devoid of criminal proclivities, or barbarous deeds. (One may note, by contrast, the case of *Naredo v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, T-1985-89, July 24, 1990, F.C.T.D.). The applicant broke the law in the U.K. by driving under the influence of alcohol and, luckily, caused no injury or damage. It would appear that he was probably fully "rehabilitated", never again to transgress in that regard, at the very moment he perceived that a police constable was requiring him to stop his car. In any event it does appear that paragraph 19(2)(a) of the Act is unconstitutional.

Alas, the applicant cannot have the remedies which he so justly seeks. In *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at pages 201-202, Madame Justice Wilson, writing for one of the two equal divisions of the Supreme Court of Canada in that case, considered the application of the Charter, and came to this conclusion:

Counsel for the Minister concedes that "everyone" is sufficiently broad to include the appellants in its compass and I am prepared to accept that the term includes every human being

[Borowski n° 1], [1981] 2 R.C.S. 575, avant la promulgation de la Charte mais après l'entrée en vigueur de la *Déclaration canadienne des droits*, les règles de droit, telles que le juge d'appel Mac-

a Guigan les a exposées dans l'arrêt *Conseil des églises*, peuvent être interprétées comme accordant aux plaideurs le choix de démontrer qu'ils sont personnellement touchés ou d'établir qu'ils ont le droit de se voir reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt du public. En l'espèce, il est évident que le requérant est effectivement personnellement touché par l'application de l'alinéa 19(2)a) de la Loi; il n'est donc pas nécessaire d'examiner l'autre option.

c Comme je l'ai déjà signalé, vu les faits de la présente affaire, la Cour serait tout à fait disposée à accorder à ce requérant apparemment valable la réparation qu'il sollicite, y compris un jugement

d déclaratoire. La Cour constate volontiers que le Canada a le droit incontestable d'interdire de séjour et de résidence les personnes qui ont des penchants criminels, mais au nom de la logique et du bon sens, il appert (du moins au vu du dossier)

e que le requérant est un bon citoyen qui n'a pas de penchants criminels et qui n'a pas commis de méfaits barbares. (On peut signaler, par contraste, l'affaire *Naredo c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, T-1985-89, 24 juillet 1990, C.F. 1^{re} inst.). Le requérant a violé la loi au Royaume-Uni en conduisant en état d'ébriété et, heureusement, il n'a pas causé de blessures ou de dommages. Il semblerait qu'il s'était probablement entièrement «amendé» et qu'il avait résolu de ne

f plus jamais commettre de fautes semblables au moment précis où il a aperçu le policier qui lui a demandé d'immobiliser sa voiture. En tout état de cause, il semble effectivement que l'alinéa 19(2)a) de la Loi est inconstitutionnel.

h Hélas, le requérant ne peut obtenir les réparations qu'il sollicite tout à fait justement. Dans l'arrêt *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, aux pages

i 201 et 202, le juge Wilson, qui rédigeait le jugement d'une partie des juges de la Cour suprême du Canada, dont l'opinion était divisée en parts égales dans cette affaire, a examiné l'application de la Charte et en est venue à la conclusion suivante:

j L'avocat du Ministre admet que «Chacun» est suffisamment général pour inclure les appelants et je suis disposée à accepter que ce mot englobe tout être humain qui se trouve au Canada

who is physically present in Canada and by virtue of such presence amenable to Canadian law. [Emphasis not in original text.]

Here is the point of guidance taken up, no doubt, by MacGuigan J.A. in the *Council of Churches* case wherein, in regard to certain matters pleaded in the statement of claim, he is reported (at page 563) as holding:

This [pleading] could found a right of standing, but cannot constitute a reasonable cause of action since the claimants affected would all be non-citizens outside Canada with no claim to admission, and therefore beyond the scope of the Charter.

It would be tempting to say that because, when the applicant disclosed his conviction he was in the Canadian High Commission in London, and because the respondents' letter invoking paragraph 19(2)(a) issued from that place, and because the High Commission is if not *de facto*, it is in any event *de jure* Canada, that therefore the applicant circumvents the disability pronounced to apply in his circumstances. (Applicant's affidavit, paragraphs 12 to 14.) That would surely be a legal fiction in the tradition of the common law. The pronouncements, of the two appellate Courts are however too clear, and in the case of this Court's unanimous Appeal Division, too recent, to be diluted by a legal fiction no matter how worthy the cause. It may be noted that in the case of that half-bench of the Supreme Court of Canada in *Singh* (Beetz J., for the other half, refrained from expressing any opinion on this subject) no requirement of citizenship is posited; and indeed it is quite the contrary, for a non-citizen in Canada may invoke all those Charter rights not reserved for citizens.

Perhaps someday an applicant present in Canada will enjoy sufficient standing and possess sufficient determination to bring the same sort of application. It would be better that such person be a plaintiff instituting an action in the nature of a law suit leading to a trial, for the consent herein evinced might never be repeated. In the meanwhile, the applicant's claim must regrettably be dismissed in compliance with the Appeal Division's unanimous judgment in the *Canadian Council of Churches* decision, [1990] 2 F.C. 534. He is not liable to the respondents for their costs, despite the

et qui, de ce fait, est assujetti à la loi canadienne. [Non souligné dans le texte original.]

Voilà sans nul doute le point de référence dont s'est servi le juge d'appel MacGuigan dans l'arrêt *Conseil des églises* dans lequel, au sujet de certains éléments invoqués dans la déclaration, il a déclaré à la page 563:

Cette assertion pourrait fonder la qualité pour agir, mais elle ne saurait constituer une cause raisonnable d'action car les personnes touchées seraient toutes des personnes non titulaires de la citoyenneté canadienne, se trouvant à l'étranger et n'ayant pas le droit de demander leur admission, et qui ne seraient donc pas visées par la Charte.

Il serait tentant de dire que, comme au moment où il a révélé sa condamnation il se trouvait au Haut-commissariat du Canada à Londres et que la lettre dans laquelle il a invoqué l'alinéa 19(2)a émanait de cet endroit et que le Haut-commissariat est, sinon *de facto*, du moins *de jure* le Canada, le requérant échappe à la non-admissibilité qui s'applique dans son cas (paragraphes 12 à 14 de l'affidavit du requérant). Cela serait sûrement une fiction juridique dans la tradition de la common law. Les arrêts rendus par les deux cours d'appel sont cependant trop clairs et, dans le cas de l'arrêt unanime de la Section d'appel de notre Cour, trop récents pour être dilués par une fiction juridique, aussi valable que soit la cause. Il convient de noter que, dans l'arrêt *Singh*, la formation collégiale qui était composée de la moitié des juges de la Cour suprême du Canada (le juge Beetz, qui a rédigé l'opinion de l'autre moitié, s'est abstenu d'exprimer une opinion sur cette question) n'a pas énoncé d'exigence en matière de citoyenneté; c'est en fait tout à fait le contraire, car un étranger peut invoquer au Canada tous les droits prévus par la Charte qui ne sont pas réservés aux citoyens.

Un jour peut-être, un requérant qui se trouve au Canada bénéficiera d'un intérêt pour agir suffisant et fera preuve d'assez de détermination pour présenter le même genre de requête. Il serait préférable que cette personne soit un demandeur qui introduise une action de la nature d'un procès conduisant à une instruction, car il se peut que le consentement accordé en l'espèce ne se reproduise jamais. Dans l'intervalle, le requérant doit malheureusement être débouté de sa requête, conformément à l'arrêt unanime prononcé par la Section d'appel dans l'affaire *Conseil canadien des églises*,

professional high quality of their counsel's performance. Both sides' counsel merit praise.

[1990] 2 C.F. 534. Il ne sera pas condamné à payer les dépens des intimés, malgré la haute qualité professionnelle dont l'avocat de ceux-ci a fait preuve. Les avocats des deux parties méritent d'être félicités.

A-5-90

A-5-90

Sergio Rene Urroz Rios (*Applicant*)

v.

Minister of Employment and Immigration (*Respondent*)*INDEXED AS: RIOS v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (C.A.)*

Court of Appeal, Pratte, MacGuigan and Desjardins J.J.A.—Toronto, June 21; Ottawa, July 4, 1990.

Immigration — Deportation — Applicant not appearing at inquiry in Montréal as without funds to travel from Toronto — Report filed under Immigration Act, s. 27(2)(f) — Deportation order issued — Adjudicator erred in defining “elude” as simple volitional non-attendance — “Elude” having mental element — Dictionary definitions indicating “elude” implying intent to evade law in general way.

This was an application to review and set aside a deportation order. The applicant failed to appear for a scheduled inquiry at Montréal as he lacked the funds to come from Toronto. Paragraph 27(2)(f) of the *Immigration Act*, requires an immigration officer who has information that a person has eluded examination or inquiry to forward a written report to the Deputy Minister setting out the details. Such a report was made and a warrant was issued for the applicant's arrest. Three days after the hearing date the applicant had a friend call immigration officials to explain his absence. He was arrested in Toronto and an inquiry held. The adjudicator ruled that the applicant had eluded the inquiry by failing to attend upon his own volition. The issue was whether a mental element of intent was required to “elude” an inquiry.

Held (Desjardins J.A. dissenting), the application should be allowed.

Per MacGuigan J.A. (Pratte J.A. concurring): According to dictionary definitions, “elude” has the connotation either of artifice or surreptitiousness, or of the intention to repudiate an obligation or escape the effect of the law in a general way. This ties in with the usage of “elude” in the statute. “Eluded examination or inquiry”, without articles, suggests something more general than the fact of simply missing one inquiry. The other two acts referred to in paragraph 27(2)(f), entering the country unlawfully or escaping custody, are serious and in keeping with a general intention to evade rather than mere non-attendance. Finally, the penalty—deportation—suggests a more serious offence than what occurred here.

Sergio Rene Urroz Rios (*requérant*)

c.

Ministre de l'Emploi et de l'Immigration (*intimé*)*RÉPERTORIÉ: RIOS c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (C.A.)*

Cour d'appel, juges Pratte, MacGuigan et Desjardins, J.C.A.—Toronto, 21 juin; Ottawa, 4 juillet 1990.

Immigration — Expulsion — Le requérant n'a pas comparu à l'enquête tenue à Montréal étant donné qu'il n'avait pas l'argent nécessaire pour se rendre de Toronto à Montréal. Selon l'alinéa 27(2)f) de la Loi sur l'immigration — Mesure d'expulsion prise — L'arbitre a commis une erreur en définissant l'expression «se dérober» comme une simple non-comparution volontaire — L'expression «se dérober» comporte un élément intellectuel — Les définitions figurant dans les dictionnaires montrent que l'expression «elude» («se dérober») laisse entendre l'intention de se soustraire de façon générale à la loi.

Il s'agit d'une demande visant à faire examiner et annuler une mesure d'expulsion. Le requérant a omis de comparaître à l'enquête qui devait avoir lieu à Montréal car il n'avait pas l'argent nécessaire pour se rendre de Toronto à Montréal. Selon l'alinéa 27(2)f) de la *Loi sur l'immigration*, l'agent d'immigration qui a en sa possession des renseignements selon lesquels une personne s'est dérobée à l'interrogatoire ou à l'enquête envoie au sous-ministre un rapport dans lequel il donne des détails à ce sujet. Un rapport de ce genre a été rédigé et un mandat a été décerné en vue de l'arrestation du requérant. Trois jours après la date d'audience, le requérant a demandé à un ami de téléphoner aux fonctionnaires de l'immigration pour expliquer son absence. Il a été arrêté à Toronto et une enquête a été tenue. L'arbitre a décidé que le requérant s'était dérobé à l'enquête en omettant d'y assister de son propre gré. Il s'agit de savoir si un élément intellectuel ou une intention doit exister lorsqu'une personne «se dérobe» à une enquête.

Arrêt (dissidence du juge Desjardins): la demande devrait être accueillie.

Le juge MacGuigan (avec l'appui du juge Pratte): Selon les définitions figurant dans les dictionnaires, l'expression «elude» («se dérober») laisse entendre un élément d'artifice ou de subreptice, ou l'intention de refuser d'honorer une obligation et d'échapper de façon générale aux conséquences de la loi. Cela correspond à l'expression «s'est dérobée» utilisée dans la Loi. La version anglaise de la disposition («*eluded examination or inquiry*»), où ne figure aucun article, laisse entendre quelque chose de plus général que le simple fait de ne pas assister à une enquête. Les deux autres actes mentionnés à l'alinéa 27(2)f), soit l'entrée illégale au pays ou l'évasion, sont des actes graves avec lesquels une intention générale de se soustraire s'accorderait davantage qu'une simple non-comparution. Enfin, la peine, soit l'expulsion, laisse entrevoir une infraction plus grave que celle qui a été commise en l'espèce.

The adjudicator erred in failing to consider the applicant's excuse because of his view that no excuse that was not a "legal excuse" could be acceptable. He should have made a finding of fact by examining whether the applicant had reasonable grounds for believing that he had good excuse for not appearing at the inquiry. This judgment should not hinder administration of the Act. Failure to attend an inquiry raises a *prima facie* case under paragraph 27(2)(f) which would set in motion the enforcement procedures. The matter should be returned to the adjudicator for decision on the basis that a person does not elude inquiry within paragraph 27(2)(f) if that person has reasonable grounds for believing that he has good excuse for not appearing at an inquiry.

Per Desjardins J.A. (dissenting): Although some definitions of "elude" do not seem to carry an element of artifice, all definitions imply the necessity for examining all the circumstances in determining whether someone had the intention of not complying with an obligation of the law. The adjudicator correctly held that "elude" under the *Immigration Act* does not mean that the person is going to forever avoid the inquiry or remain away from it. By adding that the applicant had no lawful excuse he implied that the excuse did not have the "moral substance" which would make it "not forbidden by law". The test applied by the adjudicator was the same as that suggested by MacGuigan J.A. In finding that the applicant eluded the inquiry in failing to attend upon his own volition, the adjudicator expressed his final assessment of the facts according to the evidence. In light of the serious consequences, someone in the applicant's situation must find a way to report, prior to the inquiry date, to the immigration office closest to his home.

L'arbitre a commis une erreur en omettant de tenir compte de l'excuse donnée par le requérant, pour le motif qu'à son avis, une excuse qui n'était pas une «excuse légale» n'était pas acceptable. Pour tirer sa conclusion, il aurait dû se demander si le requérant avait des motifs raisonnables de croire qu'il avait une bonne excuse de ne pas comparaître à l'enquête. Le présent jugement ne devrait pas nuire à l'application de la Loi. L'omission de comparaître à une enquête donne lieu à une preuve *prima facie* en vertu de l'alinéa 27(2)f), laquelle permettrait la prise de mesures d'exécution. L'affaire devrait être déferée à l'arbitre pour qu'il rende une décision en partant du principe qu'une personne ne se dérobe pas à une enquête au sens de l'alinéa 27(2)f) si elle a des motifs raisonnables de croire qu'elle a une bonne excuse de ne pas y comparaître.

Le juge Desjardins (dissidente): Certaines définitions de l'expression «*elude*» («se dérober») ne semblent pas comporter un élément d'artifice, mais toutes les définitions laissent entendre la nécessité d'examiner toutes les circonstances pour déterminer si une personne avait l'intention de ne pas se conformer à une obligation de la loi. L'arbitre a eu raison de décider que l'expression «s'est dérobée» figurant dans la *Loi sur l'immigration* ne veut pas dire que la personne cherchera toujours à éviter l'enquête ou à y échapper. Lorsque l'arbitre a ajouté que le requérant n'avait aucune excuse légitime, il laissait entendre que celle-ci n'avait pas la «substance morale» qui en ferait une excuse «non interdite par la loi». Le critère appliqué par l'arbitre était le même que celui qu'a proposé le juge MacGuigan, J.C.A. En concluant que le requérant s'était dérobé à l'enquête en omettant de son propre gré d'y assister, l'arbitre exprimait son appréciation finale des faits en fonction de la preuve. Compte tenu des conséquences graves en découlant, la personne qui se trouve dans la situation du requérant doit trouver un moyen de se présenter au bureau de l'immigration le plus près de chez elle avant la date fixée pour l'enquête.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 27(2)(f), 32(6) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 11), 82.1 (as am. *idem*, s. 19), 94.

AUTHORS CITED

- Black's Law Dictionary*, 5th ed., St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1979, "evasion", "lawful".
Concise Oxford Dictionary, 7th ed., Oxford: Clarendon Press, 1982, "avoid", "elude", "evade".
Consolidated Webster Encyclopedic Dictionary, [S.1.: s.n.: s.d.], "elude".
 Robert, Paul *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française (Le Grand Robert)*, tome III, 2^e éd. Paris: Société du nouveau Littré, 1986, "se dérober" (elude).
 Robert, Paul *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française (Le Petit Robert)*, Paris: Société du nouveau Littré, 1973, "se dérober" (elude).
Shorter Oxford English Dictionary, 3rd ed., Oxford: Clarendon Press, 1973, "elude", "evade".

LOIS ET RÈGLEMENTS

- 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. 27(2)f), 32(6) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), chap. 28, art. 11), 82.1 (mod., *idem*, art. 19), 94.

DOCTRINE

- Black's Law Dictionary*, 5th ed., St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1979, "evasion" (fait de se soustraire), «*lawful*» («légitime»);
Concise Oxford Dictionary, 7th ed., Oxford: Clarendon Press, 1982, «*avoid*» («éviter»), «*elude*» («se dérober»), «*evade*» («se soustraire»);
Consolidated Webster Encyclopedic Dictionary, [S.1.: s.n.: s.d.], «*elude*» («se dérober»);
 Robert, Paul *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française (Le Grand Robert)*, tome III, 2^e éd. Paris: Société du nouveau Littré, 1986, «se dérober»;
 Robert, Paul *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française (Le Petit Robert)*, Paris: Société du nouveau Littré, 1973, «se dérober»;
Shorter Oxford English Dictionary, 3rd ed., Oxford: Clarendon Press, 1973, «*elude*» («se dérober») «*evade*» («se soustraire»).

COUNSEL:

Douglas Lehrer for applicant.
Claire A. LeRiche for respondent.

SOLICITORS:

Douglas Lehrer, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for
 respondent.

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

MACGUIGAN J.A.: This is a section 28 applica-
 tion, brought with leave of this Court under sec-
 tion 82.1 of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c.
 I-2, as amended [by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c.
 28, s. 19] ("the Act"), to review and set aside the
 deportation order issued against the applicant by
 an adjudicator on November 3, 1989.

Upon arrival in Canada on July 26, 1988, at
 Dorval Airport, the applicant, a citizen of Nicara-
 gua, was directed by an immigration officer to
 appear at an immigration inquiry in Montréal on
 November 25, 1988. When he failed to show up at
 the inquiry, an immigration officer filed a report
 under section 27 of the Act stating that he had
 information indicating that the applicant had
 "eluded examination or inquiry" as specified by
 paragraph 27(2)(f).

Consequently, on December 30, 1988, a warrant
 was issued in Montréal for the applicant's arrest,
 and he was arrested at an immigration office in
 Toronto on April 24, 1989. He was conditionally
 released, and an inquiry was commenced in
 Toronto on June 1, 1989.

The applicant's story at his Toronto inquiry was
 that he proceeded to Toronto the day after his
 arrival at Dorval Airport, had never returned to
 Montréal, and in fact had not had the money to
 return to Montréal. He also claimed that he had a
 friend telephone immigration officials in Montréal
 to explain the reasons for his non-attendance,
 though admittedly this was on November 28,
 1988, three days after the scheduled date for the

AVOCATS:

Douglas Lehrer pour le requérant.
Claire A. LeRiche pour l'intimé.

PROCUREURS:

Douglas Lehrer, Toronto, pour le requérant.
Le sous-procureur général du Canada, pour
 l'intimé.

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

LE JUGE MACGUIGAN, J.C.A.: Il s'agit d'une
 demande fondée sur l'article 28, qui est introduite
 avec l'autorisation de la Cour en vertu de l'article
 82.1 de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985),
 chap. I-2, et ses modifications [L.R.C. (1985) (4^e
 suppl.), chap. 28, art. 19] («la Loi»), en vue de
 faire réviser et annuler la mesure d'expulsion prise
 par un arbitre contre le requérant le 3 novembre
 1989.

À son arrivée au Canada à l'aéroport de Dorval
 le 26 juillet 1988, le requérant, qui est un citoyen
 du Nicaragua, a reçu l'ordre de la part d'un agent
 d'immigration de comparaître à une enquête de
 l'immigration à Montréal le 25 novembre 1988. À
 la suite du défaut du requérant de se présenter à
 l'enquête, un agent d'immigration a déposé en
 vertu de l'article 27 de la Loi un rapport dans
 lequel il a déclaré qu'il possédait des renseigne-
 ments indiquant que le requérant s'était «dérobé à
 l'interrogatoire ou l'enquête» au sens de l'alinéa
 27(2)f).

En conséquence, le 30 décembre 1988, un
 mandat d'arrêt a été délivré à Montréal, et le
 requérant a été arrêté à un bureau d'immigration
 de Toronto le 24 avril 1989. Il a été libéré sous
 condition, et une enquête a été ouverte à Toronto
 le 1^{er} juin 1989.

Au cours de l'enquête qui a eu lieu à Toronto, le
 requérant a expliqué qu'il s'était rendu à Toronto
 le lendemain de son arrivée à l'aéroport de Dorval,
 qu'il n'était jamais retourné à Montréal, et qu'en
 fait, il n'avait pas l'argent nécessaire pour retour-
 ner à Montréal. Il a également affirmé qu'il avait
 demandé à un ami de téléphoner aux fonctionnai-
 res de l'immigration à Montréal pour expliquer les
 raisons de sa non-comparution, encore qu'il faille

Montréal inquiry. His friend was allegedly informed that a new inquiry would be held for the applicant in Toronto. The applicant also testified that on December 1, 1988, he had visited a Toronto immigration office to further explain his non-attendance in Montréal.

Paragraph 27(2)(f) of the Act reads as follows:

27. ...

(2) Where an immigration officer or a peace officer is in possession of information indicating that a person in Canada, other than a Canadian citizen or permanent resident, is a person who

(f) came into Canada at any place other than a port of entry and failed to report forthwith to an immigration officer or eluded examination or inquiry under this Act or escaped from lawful custody or detention under this Act,

the immigration officer or the peace officer shall forward a written report to the Deputy Minister setting out the details of such information unless that person has been arrested without warrant and held in detention pursuant to section 103.

The key question before the Toronto adjudicator was whether the applicant was such a person as described in paragraph 27(2)(f) who had "eluded . . . inquiry". His counsel contended that the word "elude" implied a mental element, an intention on his part to go underground, i.e., not to show up for an inquiry at any time. This interpretation was rejected by the adjudicator, who held as follows (Case, at page 103):

Now, the evidence is that you knew that you were to be at an inquiry in Montreal on the 25th of April . . . November, 1988. I am satisfied that elude under the Immigration Act of Canada, does not mean that you're going to forever avoid the inquiry or remain away from it. You had a lawful order to be at the inquiry in Montreal on the 25th of November, 1988 and you had no lawful excuse for not being there. You chose deliberately to not appear for the inquiry for your own reasons, as the reasons given at this inquiry, you didn't have the funds in order to travel to Montreal to attend the inquiry.

As you had no lawful excuse not to attend the inquiry—that is, you had no right to not attend it—even though if you are able, that is had the funds, you would have attended it, I'm . . . it's my decision that you did elude this inquiry by failing simply to attend it upon your own volition. As you had no lawful

reconnaître que cela a eu lieu le 28 novembre 1988, trois jours après la date prévue de l'enquête de Montréal. Son ami aurait été informé qu'une nouvelle enquête aurait lieu à Toronto à l'intention du requérant. Le requérant a également témoigné que le 1^{er} décembre 1988, il s'était présenté à un bureau de l'immigration de Toronto pour expliquer plus en détail sa non-comparution à Montréal.

L'alinéa 27(2)f) de la Loi est ainsi libellé:

27. ...

(2) L'agent d'immigration ou l'agent de la paix doit, sauf si la personne en cause, arrêtée sans mandat, est détenue en vertu de l'article 103, faire un rapport circonstancié au sous-ministre de renseignements concernant une personne se trouvant au Canada autrement qu'à titre de citoyen canadien ou de résident permanent et indiquant que celle-ci, selon le cas:

f) a pénétré au Canada sans passer par un point d'entrée et sans se présenter immédiatement à un agent d'immigration ou s'est dérobée à l'interrogatoire ou l'enquête prévus par la présente loi ou encore s'est évadée alors qu'elle était légalement retenue ou détenue en vertu de la présente loi;

La question clé dont l'arbitre de Toronto était saisi était celle de savoir si le requérant s'était «dérobé à l'enquête» au sens de l'alinéa 27(2)f). Son avocat prétend que le mot «se dérober» implique un élément intellectuel, une intention de passer dans la clandestinité, de ne jamais se présenter à l'enquête. Cette interprétation a été rejetée par l'arbitre, qui en est arrivé à la conclusion suivante (dossier, à la page 103):

[TRADUCTION] Or, suivant la preuve, vous saviez que vous deviez vous présenter à une enquête à Montréal le 25 avril . . . novembre 1988. Je suis persuadé que l'expression «se dérober» qu'on trouve dans la Loi sur l'immigration ne veut pas dire que vous pouvez indéfiniment vous soustraire ou échapper à l'enquête. Vous aviez reçu l'ordre légal de vous présenter à une enquête à Montréal le 25 novembre 1988 et vous n'aviez aucune excuse légitime de ne pas y assister. Vous avez délibérément choisi de ne pas comparaître à l'enquête pour vos propres raisons, que vous avez exposées au cours de la présente enquête, à savoir que vous n'aviez pas l'argent nécessaire pour vous rendre à Montréal pour assister à l'enquête.

Comme vous n'aviez aucune excuse légitime de ne pas assister à l'enquête—c'est-à-dire que vous n'aviez pas le droit de ne pas y participer—même si vous aviez pu, c'est-à-dire si vous aviez eu l'argent, vous y auriez participé, je conclus que vous vous êtes effectivement dérobé à cette enquête en omettant

excuse in not attending it, it is my decision that you eluded an inquiry under the Immigration Act.

Now you realize that I have found you to be person described in 27(2)(f) of the Immigration Act?

The question argued before this Court was as to whether the adjudicator had erred in defining "elude" as a simple volitional non-attendance. The applicant renewed his contention that a mental element was required for eluding.

The relevant meaning of "elude" in *The Shorter Oxford English Dictionary*, 3rd ed., 1973, is "to evade compliance with or fulfilment of," or simply "to evade". "Evade", in turn, is defined as "to escape by artifice from".

The respondent referred us to the definition in the *Consolidated Webster Encyclopedia Dictionary*:

to evade, to avoid by artifice, stratagem, wiles, deceit or dexterity. To remain unseen, undiscovered, or unexplained.

Again, the respondent referred to the definition of "evasion" in *Black's Law Dictionary*, 5th ed., 1979:

An act of eluding, dodging, or avoiding, or avoidance by artifice A subtle endeavoring to set aside truth or to escape the punishment of the law.

It seems to me, therefore, that "elude" has the connotation either of artifice or surreptitiousness, or of the intention to repudiate the obligation or escape the effect of the law in a general way, which in the present context would mean not only not being present at a particular inquiry, but also of not complying with the obligation of the law. The French text (*s'est dérobée à l'interrogatoire ou l'enquête prévus par la présente loi*) appears to me to have the same flavour.

This definitional analysis appears to tie in with the usage of "elude" in the statute itself. First, the phrase employed in paragraph 27(2)(f) is "eluded examination or inquiry", not "an examination" or "an inquiry". There is therefore a suggestion of

simplement de votre propre gré d'y assister. Comme vous n'aviez aucune excuse légitime de ne pas y participer, je conclus que vous vous êtes dérobé à une enquête au sens de la Loi sur l'immigration.

^a Vous vous rendez bien compte que j'en suis venu à la conclusion que vous relevez du cas prévu à l'alinéa 27(2)f) de la Loi sur l'immigration?

^b Devant notre Cour, le débat a porté sur la question de savoir si l'arbitre avait commis une erreur en définissant l'expression «se dérober» comme une simple non-comparution volontaire. Le requérant a réitéré sa prétention qu'un élément intellectuel était requis pour qu'on puisse conclure qu'une personne «se dérobe» à une enquête.

^c Le sens pertinent de «*elude*» («se dérober») dans le *Shorter Oxford English Dictionary*, 3^e éd., 1973, est: [TRADUCTION] «se soustraire à (son devoir, ses obligations)», ou simplement «se soustraire» («*to evade*»). «*Evade*», à son tour, est défini comme «échapper par adresse à quelque chose».

L'intimé nous a cité la définition du *Consolidated Webster Encyclopedia Dictionary*:

^e [TRADUCTION] se soustraire ou se dérober à quelque chose en recourant à un artifice, un stratagème, la ruse, la tromperie ou l'adresse. N'être pas vu, découvert ou expliqué.

^f À nouveau, l'intimé a cité la définition que l'on trouve du mot «*evasion*» dans le *Black's Law Dictionary*, 5^e éd., 1979:

[TRADUCTION] Fait de se dérober, d'esquiver, d'éviter ou de se soustraire au moyen d'artifices . . . Manœuvres subtiles visant à se détourner de la vérité ou à échapper à un châtement prévu par la loi.

^g Il me semble donc que le terme anglais «*elude*» («se dérober») implique soit l'adresse ou la fuite, soit l'intention de refuser d'honorer ses obligations ou d'échapper de façon générale aux conséquences de la loi, ce qui, dans le présent contexte, signifierait non seulement ne pas assister à une enquête donnée, mais également de ne pas se conformer aux prescriptions de la loi. La version française (*s'est dérobée à l'interrogatoire ou l'enquête prévus par la présente loi*) me semble aller dans le même sens.

^j Cette analyse de définitions semble s'accorder avec l'emploi du mot anglais «*elude*» dans la Loi elle-même. En premier lieu, l'expression employée à l'alinéa 27(2)f) est «s'est dérobée à l'interrogatoire ou l'enquête», et non «à un interrogatoire» ou

something more general than the fact of simply missing one inquiry. Second, in paragraph (f) eluding inquiry is conjoined with trying to enter the country at an unauthorized place without reporting entry and with escaping from lawful custody or detention, both serious acts with which a general intention to evade would better cohabit than mere non-attendance at an inquiry. Third, by subsection 32(6) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 11], the penalty for being found to be a person described in subsection 27(2) is deportation, which would suggest a more serious offence than occurred here.¹

I must, therefore, hold that the adjudicator erred in concluding that the applicant "did elude this inquiry by failing simply to attend it upon [his] own volition". The applicant's volition is not a sufficient mental element, nor is the mere absence of lawful excuse; both would be present in the event of personal or familial illness, e.g., which might also prevent attendance at an inquiry. The applicant's excuse, even though not a "legal excuse", must be taken into account in assessing whether he had the mindset necessary for eluding. This is so even though his attempt to inform the authorities, if believed, took place after the date of the inquiry, because it could nevertheless elucidate his state of mind at the time he failed to appear for the inquiry.

Of course, the obligation of the law includes that of being present at an inquiry on the date set (not just at a time of the claimant's choosing), absent extenuating circumstances. The adjudicator's error was to fail to examine the applicant's excuse, because of his view that no excuse that was not lawful could be acceptable. In my view, he should have made a judgment, not of law but of

¹ In addition to deportation, a person who eludes inquiry may by section 94 be guilty of an offence carrying a possible penalty, on conviction on indictment, to a fine of \$5,000 and imprisonment for two years, but this provision is not relevant here.

«à une enquête». Il est donc permis de penser qu'il s'agit de quelque chose de plus général que le simple fait de ne pas assister à une enquête. En deuxième lieu, à l'alinéa f), le fait de se dérober à l'enquête est associé à la tentative de pénétrer au Canada à un endroit non autorisé sans se présenter à un point d'entrée et à celui de s'évader alors qu'on est légalement détenu ou retenu; ce sont deux actes graves avec lesquels une intention générale de se dérober s'accorderait davantage qu'une simple non-comparution à une enquête. En troisième lieu, aux termes du paragraphe 32(6) [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), chap. 28, art. 11], la peine prévue lorsqu'on conclut que l'intéressé relève d'un des cas visés au paragraphe 27(2) est l'expulsion, ce qui laisse entrevoir une infraction plus grave que celle qui a été commise en l'espèce¹.

Je dois donc conclure que l'arbitre a commis une erreur en concluant que le requérant s'était «effectivement dérobé à cette enquête en omettant simplement de [son] propre gré d'y assister». La volonté du requérant ne constitue pas un élément intellectuel suffisant, ni la simple absence d'excuse légitime; ces deux éléments seraient réunis par exemple dans le cas d'une maladie personnelle ou familiale qui pourrait aussi empêcher l'intéressé d'assister à une enquête. Il faut tenir compte de l'excuse du requérant, même si elle n'est pas une «excuse légale», pour déterminer s'il avait l'état d'esprit nécessaire pour qu'on puisse conclure qu'il se dérobait à l'enquête. Il en est ainsi même si les tentatives qu'il a faites pour informer les autorités, si on y ajoute foi, ont eu lieu après la date de l'enquête, parce que cela permettrait quand même d'élucider son état d'esprit au moment où il a fait défaut de comparaître à l'enquête.

Évidemment, les prescriptions de la loi comportent l'obligation d'être présent à l'enquête à la date fixée (et non simplement à la date et à l'heure choisies par l'intéressé), à défaut de circonstances atténuantes. L'erreur de l'arbitre a été de ne pas examiner l'excuse du requérant, parce qu'il était d'avis que toute excuse qui n'était pas légitime n'était pas acceptable. À mon avis, il aurait dû se

¹ En plus d'être frappée d'une mesure d'expulsion, la personne qui se dérobe à une enquête est, aux termes de l'article 94, susceptible d'être déclarée coupable d'une infraction pour laquelle elle encourt, sur déclaration de culpabilité par mise en accusation, une amende de 5 000 \$ et un emprisonnement de deux ans, mais cette disposition ne s'applique pas en l'espèce.

fact, by examining whether the applicant had reasonable grounds for believing that he had a good excuse for not appearing at the inquiry.

It was urged upon us by the respondent that such a holding by this Court would render the administration of the Act extremely difficult by lessening the legal compliance associated with inquiries. I cannot, however, see why any such difficulty should follow. The failure to attend an examination or inquiry would certainly, it seems to me, raise a *prima facie* case under paragraph 27(2)(f) such that an immigration officer could believe that the person in question eluded examination or inquiry, and the train of enforcement could consequently be set in motion. The difference is that under the present holding the person would be able to have his or her case subsequently adjudicated in relation to his or her real intentions. I cannot think that this renders administration difficult or that, indeed, given the possible consequences, is anything but due in justice.

The section 28 application should, therefore, be allowed, the decision of the adjudicator of November 3, 1989 set aside, and the matter returned to the adjudicator for decision on the basis that a person does not elude inquiry within the meaning of paragraph 27(2)(f) of the *Immigration Act* if that person has reasonable grounds for believing that he has a good excuse for not appearing at an inquiry.

PRATTE J.A.: I agree.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

DESJARDINS J.A. (*dissenting*): My comments will address both the legal test to be applied when dealing with paragraph 27(2)(f) of the *Immigration Act*² (the "Act") and the manner in which it was applied in the case at bar.

² R.S.C., 1985, c. I-2.

faire une opinion, non pas sur le droit mais sur les faits, en se demandant si le requérant avait des motifs raisonnables de croire qu'il avait une bonne excuse de ne pas comparaître à l'enquête.

^a L'intimé a fait valoir devant nous que si la Cour devait statuer en ce sens, cela rendrait l'application de la Loi extrêmement difficile en diminuant le respect de la loi associé aux enquêtes. Je ne vois pas toutefois comment une telle difficulté pourrait s'ensuivre. Le défaut de comparaître à un interrogatoire ou une enquête donnerait certainement lieu, à mon sens, à une preuve qui, pour l'application de l'alinéa 27(2)f), serait suffisante à première vue pour permettre à un agent d'immigration de penser que l'intéressé se dérobaît à l'interrogatoire ou l'enquête, et l'on pourrait alors prendre des mesures pour faire respecter la Loi. La différence réside dans le fait qu'avec la présente ^b décision, l'intéressé pourrait faire trancher sa cause par la suite en fonction de ses intentions réelles. Je ne saurais croire que cela rend l'application de la Loi difficile ni, en fait, qu'il faille, en toute justice, traiter autrement l'intéressé, eu ^c égard aux conséquences éventuelles.

La demande fondée sur l'article 28 devrait donc être accueillie, la décision rendue par l'arbitre le 3 novembre 1989 devrait être annulée et l'affaire ^d devrait être déférée à l'arbitre pour qu'il rende une décision en partant du principe qu'une personne ne se dérobe pas à une enquête au sens de l'alinéa 27(2)f) de la *Loi sur l'immigration* si cette personne a des motifs raisonnables de croire qu'elle a ^e une bonne excuse de ne pas comparaître à l'enquête.

LE JUGE PRATTE, J.C.A.: Je suis du même avis.

^f

* * *

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

^g

LE JUGE DESJARDINS, J.C.A.: (*dissidente*): Mes remarques porteront tant sur le critère juridique à appliquer lorsqu'on a affaire à l'alinéa 27(2)f) de la *Loi sur l'immigration*² (la «Loi») que ^h sur la manière dont il a été appliqué en l'espèce.

² L.R.C. (1985), chap. I-2.

I note that the meaning of the word “elude” in *The Concise Oxford Dictionary*³ is slightly different from the one found in *The Shorter Oxford English Dictionary*, 3rd ed. 1973, cited by my colleague the Honourable Mark MacGuigan J.A. *The Concise Oxford* gives the following meaning: “avoid compliance with (law, request) or fulfilment of (obligation)”. “Avoid”, in turn, is defined as: “keep away or refrain from (thing, doing); escape, evade”. The meaning given to the word “evade” is: “escape from, avoid”. “Escape” means: ... “avoid”.

“Se dérober” according to *Le Petit Robert*⁴ is: “échapper, soustraire (se) ... éviter, fuir ... Fig. Se dérober à ses devoirs, à ses obligations.”

The element of artifice or stratagem is not present, at least in those definitions. What is implicit however, in my view, in all the definitions cited, including those found in the reasons for judgment of MacGuigan J.A., is the necessity of examining all the circumstances so as to determine whether, by not appearing at an inquiry, someone had the intention of not complying with the obligation of the law.

What the law prescribes is that a person should not elude “inquiry under this Act” (*l'enquête prévus par la présente loi*). In the case at bar, the inquiry under the Act had been set for November 25, 1988 when the applicant entered Canada at Dorval Airport on July 26, 1988.

The adjudicator was correct, in my view, when he said:⁵

I am satisfied that elude under the *Immigration Act* of Canada, does not mean that you're going to forever avoid the inquiry or remain away from it [Emphasis added.]

He then added:

You had a lawful order to be at the inquiry in Montreal on the 25th of November 1988 and you had no lawful excuse for not being there [Emphasis added.]

³ *The Concise Oxford Dictionary*, 7th ed., 1982.

⁴ *Le Petit Robert*, 1973; *Le Grand Robert de la langue française*, 2nd ed., 1986, is equivalent.

⁵ A.B., at p. 103.

Je constate que le sens que le *Concise Oxford Dictionary*³ donne du mot «elude» (se dérober) est légèrement différent de celui qu'on trouve dans le *Shorter Oxford English Dictionary*, 3^e éd. 1973, cité par mon collègue le juge Mark MacGuigan, J.C.A. Le *Concise Oxford* donne la définition suivante: [TRADUCTION] «éviter («avoid») de se conformer à (la loi, une demande), de remplir (une obligation)». Le mot «avoid», à son tour, est défini comme suit: [TRADUCTION] «s'abstenir de (penser, faire); échapper à, se soustraire à» («evade»). Le sens donné au mot «evade» est le suivant: [TRADUCTION] «échapper à («escape»), éviter». «Escape» signifie «avoid» (éviter).

«Se dérober», suivant *Le Petit Robert*⁴, c'est: «échapper, soustraire (se) ... éviter, fuir ... Fig. Se dérober à ses devoirs, à ses obligations.»

L'élément d'adresse ou de ruse n'est pas présent, du moins dans ces définitions. Ce qui est implicite cependant, selon moi, dans toutes les définitions citées, y compris celles qu'on trouve dans les motifs du jugement du juge MacGuigan, J.C.A., c'est la nécessité de tenir compte de toutes les circonstances pour déterminer si, en faisant défaut de comparaître à l'enquête, une personne avait l'intention de ne pas respecter les prescriptions de la loi.

Ce que la loi prescrit, c'est qu'une personne ne doit pas se dérober à «l'enquête prévu[e] par la présente loi» (*elude «inquiry under this Act»*). En l'espèce, l'enquête prévue par la loi a été fixée au 25 novembre 1988 lorsque le requérant est entré au Canada à l'aéroport de Dorval le 26 juillet 1988.

L'arbitre a eu raison, selon moi, de dire⁵:

[TRADUCTION] Je suis persuadé que l'expression «se dérober» qu'on trouve dans la *Loi sur l'immigration* ne veut pas dire que vous pouvez indéfiniment vous soustraire ou échapper à l'enquête . . . [C'est moi qui souligne.]

Il a ensuite ajouté:

Vous aviez reçu l'ordre légitime de vous présenter à l'enquête à Montréal le 25 novembre 1988 et vous n'aviez aucune excuse légitime de ne pas y assister . . . [C'est moi qui souligne.]

³ *The Concise Oxford Dictionary*, 7^e éd., 1982.

⁴ *Le Petit Robert*, 1973; *Le Grand Robert de la langue française*, 2^e éd., 1986, est équivalent.

⁵ Dossier d'appel, à la page 103.

“Lawful”, according to *Black’s Law Dictionary* is the following:⁶

The principal distinction between the terms “lawful” and “legal” is that the former contemplates the substance of law, the latter the form of law. To say of an act that it is “lawful” implies that it is authorized, sanctioned, or at any rate not forbidden, by law. To say that it is “legal” implies that it is done or performed in accordance with the forms and usages of law, or in a technical manner. In this sense “illegal” approaches the meaning of “invalid”. For example, a contract or will, executed without the required formalities, might be said to be invalid or illegal, but could not be described as unlawful. Further, the word “lawful” more clearly implies an ethical content than does “legal.” The latter goes no further than to denote compliance, with positive, technical, or formal rules; while the former usually imports a moral substance or ethical permissibility. [Emphasis added.]

When the adjudicator said that the excuse given by the applicant was not a lawful excuse, he implied that it did not have the “moral substance” which would make it “not forbidden by law”. The test he was applying amounts, in my view, but in different words, to the directive which my colleague MacGuigan J.A. suggests should be given to the adjudicator, should the matter be returned to him, which he formulates [at page 638] as follows and with which I agree: “a person does not elude inquiry within the meaning of paragraph 27(2)(f) of the *Immigration Act* if that person has reasonable grounds for believing that he has a good excuse for not appearing at any inquiry”. Both terms contain a subjective and an objective element.

When the adjudicator said:

... it is my decision that you did elude this inquiry by failing simply to attend it upon your own volition.

he was expressing his final assessment of the facts according to the evidence. The applicant failed, in his view, to attend the inquiry because he did not want to attend.

⁶ *Black’s Law Dictionary*, 5th ed., 1979.

Le *Black’s Law Dictionary* définit comme suit le mot «lawful» (légitime)⁶:

[TRADUCTION] La principale distinction qui existe entre les termes «lawful» (légitime) et «legal» (légal) est que le premier touche le fond du droit, tandis que le second touche la forme du droit. Dire d’un acte qu’il est «légitime» implique qu’il est autorisé, approuvé, ou du moins qu’il n’est pas interdit, par la loi. Dire qu’il est «légal» implique qu’il est accompli ou exécuté conformément aux formalités et usages de la loi, ou d’une manière technique. En ce sens, le mot «illegal» (illégal) s’approche du sens du mot «invalid» (invalide). Par exemple, on peut dire d’un contrat ou d’un testament qui a été passé sans respecter les formalités requises qu’il est invalide ou illégal, mais on ne pourrait le qualifier de «unlawful» (illégitime). En outre, le mot «lawful» (légitime) implique plus nettement un contenu moral que le terme «legal» (légal). Celui-ci se borne à dénoter l’observation de règles positives, techniques ou de pure forme, tandis que celui-là a habituellement une substance morale ou se réfère à une justification éthique. [C’est moi qui souligne.]

Lorsque l’arbitre a dit que l’excuse donnée par le requérant n’était pas une excuse légitime, il sous-entendait qu’elle n’avait pas la «substance morale» qui ferait qu’elle ne serait pas «interdite par la loi». Le critère qu’il a appliqué équivalait, à mon avis, mais en des mots différents, à la directive qui, selon ce que laisse entendre mon collègue le juge MacGuigan, J.C.A., devrait être donnée à l’arbitre si l’affaire lui était déférée et qu’il formule [à la page 638] dans les termes suivants et avec laquelle je suis d’accord: «une personne ne se dérobe pas à une enquête au sens de l’alinéa 27(2)f de la *Loi sur l’immigration* si cette personne a des motifs raisonnables de croire qu’elle a une bonne excuse de ne pas comparaître à l’enquête». Les deux termes renferment un élément subjectif et un élément objectif.

En déclarant:

[TRADUCTION] ... je conclus que vous vous êtes effectivement dérobé à cette enquête en omettant simplement de votre propre gré d’y assister.

l’arbitre exprimait son appréciation finale des faits en fonction de la preuve. À son avis, c’est parce qu’il ne voulait pas y assister que le requérant a fait défaut de comparaître à l’enquête.

⁶ *Black’s Law Dictionary*, 5^e éd., 1979.

Given the seriousness of the prescription of the law,⁷ someone in the situation of the applicant must find ways to report, before the date set for his inquiry, to the immigration office, the closest to his home, and explain the situation he is in.

I would have dismissed the section 28 application.

a Vu la gravité des prescriptions de la loi⁷, la personne qui se trouve dans la situation du requérant doit trouver un moyen de se présenter au bureau d'immigration le plus près de chez elle, avant la date fixée pour son enquête, et expliquer la situation dans laquelle elle se trouve.

J'aurais rejeté la demande fondée sur l'article 28.

⁷ The term "eluded . . . inquiry under this Act" is found in paragraph 27(2)(f) together with two other situations, i.e. failing to report forthwith to an immigration officer after having entered Canada at a place other than a port of entry and escaping lawful custody. Under subsection 32(6) of the Act, a deportation order follows in cases where subsection 27(2) applies.

⁷ L'expression «s'est dérobée à [...] l'enquête prévue par la présente loi», se trouve à l'alinéa 27(2)f) avec deux autres situations, à savoir faire défaut de se présenter immédiatement à un agent d'immigration après avoir pénétré au Canada sans passer par un point d'entrée, et s'évader alors qu'on est légalement détenu. Aux termes du paragraphe 32(6) de la Loi, une mesure d'expulsion est prise dans le cas où le paragraphe 27(2) s'applique.

T-2581-89

T-2581-89

Ken Rubin (Plaintiff)

v.

Attorney General of Canada, Raymond P. Guenette, J. F. Cousineau and Canada Mortgage and Housing Corporation (Defendants)*INDEXED AS: RUBIN v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T.D.)*

Trial Division, Strayer J.—Ottawa, June 19 and July 5, 1990.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Plaintiff awarded party and party costs, but claim for counsel fee disallowed as self-represented — Action for declaration Federal Court Rules 344, 346 and Tariff B discriminating against those who, owing to public interest nature of activities, political orientation, economic circumstance, or combination thereof not retaining counsel — Although Rules and Tariff B making distinction between self-represented litigants and those represented by counsel, plaintiff not demonstrating unfavourable distinction amounting to ground of discrimination enumerated in Charter, s. 15(1) or ground analogous thereto — Mere suggestion of financial disadvantage not discrimination as contemplated by s. 15(1).

Practice — Costs — Self-represented plaintiff awarded party and party costs — Claim for counsel fee disallowed according to literal wording of Tariff B, permitting allowance of costs "for services of counsel", and well-established interpretation of Rules — Action for declaration Rules and Tariff contrary to Charter, s. 15 in discriminating against self-represented litigants — Statement of claim struck as disclosing no reasonable cause of action.

Practice — Pleadings — Motion to strike — Action for declaration Federal Court Rules 344, 346 and Tariff B contravening Charter s. 15 in discriminating against those who, owing to public interest nature of activities, political orientation, economic circumstance, or combination thereof not retaining counsel — Motion allowed — Allegations speculative and could not be proven by evidence.

Practice — Parties — Self-represented plaintiff awarded party and party costs — Claim for counsel fees disallowed — Action for declaration Federal Court Rules 344, 346 and Tariff B discriminating against self-represented litigants, for certiorari quashing decision of taxing officer and mandamus requiring taxing officer to tax plaintiff's costs in manner

Ken Rubin (demandeur)

c.

Procureur général du Canada, Raymond P. Guenette, J. F. Cousineau et Société canadienne d'hypothèques et de logement (défendeurs)*RÉPERTORIÉ: RUBIN c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (1^{re} INST.)*

Section de première instance, juge Strayer—Ottawa, 19 juin et 5 juillet 1990.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Le demandeur s'est vu attribuer les dépens entre parties, mais les honoraires d'avocat qu'il réclamait lui ont été refusés, au motif qu'il agissait pour son propre compte — Action en jugement déclaratoire portant que les Règles 344 et 346 des Règles de la Cour fédérale et le tarif B créent une discrimination à l'égard des personnes qui, en raison de leurs activités d'intérêt public, de leur orientation politique, de leur situation économique ou d'une combinaison de ces facteurs, n'engagent pas d'avocat — Bien que les Règles et le tarif B établissent une distinction entre les personnes qui plaident elles-mêmes leur cause et celles qui sont représentées par un avocat, le demandeur n'a pas démontré qu'il faisait l'objet d'une distinction défavorable équivalant à l'un des motifs de discrimination énumérés à l'art. 15(1) de la Charte ou à un motif analogue — Le simple fait de prétendre qu'on est financièrement désavantagé ne constitue pas une discrimination au sens de l'art. 15(1).

Pratique — Frais et dépens — Le demandeur, qui plaidait lui-même sa cause, s'est vu adjuger les dépens entre parties — Sa demande d'honoraires d'avocat a été refusée conformément à la lettre du tarif B, qui permet d'accorder un montant «pour les services des avocats» et à l'interprétation bien établie des Règles — Action en jugement déclaratoire portant que les Règles et le tarif sont contraires à l'art. 15 de la Charte au motif qu'ils créent une discrimination à l'égard des plaideurs qui agissent pour leur propre compte — La déclaration est radiée au motif qu'elle ne révèle aucune cause raisonnable d'action.

Pratique — Plaidoiries — Requête en radiation — Action en jugement déclaratoire portant que les Règles 344 et 346 des Règles de la Cour fédérale et le tarif B contreviennent à l'art. 15 de la Charte au motif qu'ils créent une discrimination à l'égard des personnes qui, en raison de leurs activités d'intérêt public, de leur orientation politique, de leur situation économique, ou d'une combinaison de ces facteurs, n'engagent pas d'avocat — La requête est accueillie — Les allégations sont fondées sur des conjectures et on ne peut en démontrer la véracité par la présentation de preuves.

Pratique — Parties — Le demandeur, qui plaidait lui-même sa cause, s'est vu adjuger les dépens entre parties — Sa demande d'honoraires d'avocat a été refusée — Action tendant à obtenir un jugement déclaratoire portant que les Règles 344 et 346 des Règles de la Cour fédérale et le tarif B créent une discrimination à l'égard des plaideurs qui agissent pour leur

similar to taxation of represented litigant — Taxing officers struck as defendants as unnecessary parties — Court could itself have corrected taxation had plaintiff succeeded in action for declaration.

propre compte, ainsi qu'un bref de certiorari annulant la décision de l'officier taxateur et un bref de mandamus enjoignant à l'officier taxateur de taxer les frais et les dépens du demandeur comme s'il s'agissait d'un plaideur représenté par un avocat — Les officiers taxateurs sont mis hors de cause, au motif que leur participation au procès comme défendeurs n'est pas nécessaire — La Cour aurait pu corriger elle-même la taxation si le demandeur avait obtenu gain de cause dans son action en jugement déclaratoire.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-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], s. 15.
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 344 (as am. by SOR/87-221, s. 2), 346 (as am. *idem*, s. 3), Tarif B (as am. *idem*, s. 8).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

NOT FOLLOWED:

McBeth v. Dalhousie University (1986), 72 N.S.R. (2d) 224; 26 D.L.R. (4th) 321; 173 A.P.R. 224; 10 C.P.C. (2d) 69 (N.S.C.A.).

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; *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; *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.

CONSIDERED:

Davidson v. Canada (Solicitor General), [1989] 2 F.C. 341; (1989), 36 Admin. L.R. 251 (C.A.).

COUNSEL:

Milos Barutciski for plaintiff.
Linda Wall for defendants Attorney General of Canada and Canada Mortgage and Housing Corporation.
Kevin L. LaRoche for defendants Raymond P. Guenette and J. F. Cousineau.

SOLICITORS:

Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, for plaintiff.

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.
Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), chap. A-1. *Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663, Règles 344 (mod. par DORS/87-221, art. 2), 346 (mod., *idem*, art. 3), tarif B (mod., *idem*, art. 8).

JURISPRUDENCE

DÉCISION NON SUIVIE:

McBeth v. Dalhousie University (1986), 72 N.S.R. (2d) 224; 26 D.L.R. (4th) 321; 173 A.P.R. 224; 10 C.P.C. (2d) 69 (C.A.N.-É.).

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.R.R. 193; 91 N.R. 255; *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; *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.

DÉCISION EXAMINÉE:

Davidson c. Canada (Procureur général), [1989] 2 C.F. 341; (1989), 36 Admin. L.R. 251 (C.A.).

AVOCATS:

Milos Barutciski, pour le demandeur.
Linda Wall, pour les défendeurs le procureur général du Canada et la Société canadienne d'hypothèques et de logement.
Kevin L. LaRoche, pour les défendeurs Raymond P. Guenette et J. F. Cousineau.

PROCUREURS:

Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, pour le demandeur.

Deputy Attorney General of Canada for defendants Attorney General of Canada and Canada Mortgage and Housing Corporation.

Scott & Ayles, Ottawa, for defendants Raymond P. Guenette and J. F. Cousineau. ^a

Le sous-procureur général du Canada pour les défendeurs le procureur général du Canada et la Société canadienne d'hypothèques et de logement.

Scott & Ayles, Ottawa, pour les défendeurs Raymond P. Guenette et J. F. Cousineau.

The following are the reasons for order rendered in English by

STRAYER J.:

Relief Requested

There are two motions to deal with: one by the Attorney General of Canada and Canada Mortgage and Housing Corporation requesting that the statement of claim be struck out as disclosing no reasonable cause of action; and one by the defendants Raymond P. Guenette and J. F. Cousineau requesting that they be struck from the statement of claim on the grounds that they are not necessary parties.

Background Facts

I accept, as I must, for the purposes of the motion to strike the statement of claim, the facts as alleged therein. According to the statement of claim the plaintiff applied in March, 1985 to Canada Mortgage and Housing Corporation (CMHC) under the *Access to Information Act*¹ for access to the minutes of certain meetings of the Corporation. Access was denied and a complaint was made to the Information Commissioner. Subsequently the Assistant Information Commissioner recommended to CMHC that it disclose the information which it again refused to do. The plaintiff then took proceedings in the Federal Court [(1987), 8 F.T.R. 230 (T.D.)] and ultimately was successful before the Federal Court of Appeal [[1989] 1 F.C. 265] which, on July 6, 1988 allowed his appeal and awarded costs to him on a party and party basis both at trial and on appeal. The plaintiff, who describes himself as a "public interest researcher", had represented himself throughout. When it came to taxation of costs he included in his bill of costs an item of \$1,025 as counsel fees claimed pursuant to Tariff B subsection 1(1) [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663 (as

¹ Now R.S.C., 1985, c. A-1.

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

LE JUGE STRAYER:

Réparation demandée

La Cour est saisie de deux requêtes. Dans la première, le procureur général du Canada et la Société canadienne d'hypothèques et de logement demandent la radiation de la déclaration au motif qu'elle ne révèle aucune cause raisonnable d'action. Dans la seconde, les défendeurs Raymond P. Guenette et J. F. Cousineau demandent à être mis hors de cause au motif que leur participation au procès comme parties n'est pas nécessaire.

Faits à l'origine du litige

Aux fins de la requête en radiation de la déclaration, j'accepte, comme j'y suis tenu, les faits tels qu'ils sont articulés. Suivant la déclaration, le demandeur s'est adressé en mars de 1985 à la Société canadienne d'hypothèques et de logement (SCHL) en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*¹ pour consulter les procès-verbaux de certaines réunions de la Société. Le demandeur s'est vu refuser l'accès à ces documents et il a déposé une plainte auprès du Commissaire à l'information. Par la suite, le commissaire adjoint à l'information a recommandé à la SCHL de divulguer les renseignements demandés, ce qu'elle a de nouveau refusé de faire. Le demandeur a ensuite intenté une poursuite devant la Cour fédérale [(1987), 8 F.T.R. 236 (1^{re} inst.)] et a finalement obtenu gain de cause devant la Cour d'appel fédérale [[1989] 1 C.F. 265] qui, le 6 juillet 1988, a accueilli son appel et lui a adjugé les dépens entre parties tant en première instance qu'en appel. Le demandeur, qui se qualifie lui-même de «personne qui fait de la recherche dans l'intérêt du public», a plaidé lui-même sa cause depuis le début. Au moment de la taxation des dépens, il a réclamé dans son mémoire

¹ Maintenant L.R.C. (1985), chap. A-1.

am. by SOR/87-221, s. 8)]. The Taxing Officers involved were J. F. Cousineau and Raymond P. Guenette and the latter, by reasons dated July 13, 1989, rejected the plaintiff's claim for counsel fees. It is common ground that in doing so he was following the literal wording of Tariff B which only provides "for the services of counsel" and the well-established interpretation of the Rules of this Court to the effect that counsel fees are not taxed in favour of self-represented litigants.²

I am advised by his counsel that the plaintiff filed an application for review of the taxation decision, but left that application in abeyance and commenced the action in question here. In this action he alleges that *Federal Court Rules* 344 [as am. by SOR/87-221, s. 2] and 346 [as am. *idem*, s. 3], and Tariff B, discriminate against self-represented litigants: by excluding payment for the personal work of successful parties who would be partially compensated if they retained counsel instead; and also by requiring that any taxation of costs beyond that normally stipulated in Tariff B must be by special direction by the Court under Rule 344(7), the request for which puts a self-represented litigant at a disadvantage. The plaintiff in his statement of claim invokes 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]], and he denies that the Rules in question can constitute a reasonable limitation (as permitted by section 1) on his right to equality before and under the law and to the equal protection and equal benefit of the law. He asks for various declarations to this effect, *certiorari* setting aside the decision of the Taxing Officer, and *mandamus* directed to the Taxing Officers requiring them to tax his costs in a manner similar to the taxation of costs of a

de frais un montant de 1 025 \$ en honoraires d'avocat en vertu du paragraphe 1(1) du tarif B [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663 (mod. par DORS/87-221, art. 8)]. Les officiers taxateurs concernés étaient J. F. Cousineau et Raymond P. Guenette et, dans des motifs datés du 13 juillet 1989, ce dernier a refusé d'accorder au demandeur les honoraires d'avocat qu'il réclamait. Il est constant qu'en agissant ainsi, il s'en tenait à la lettre du tarif B, qui ne vise que «les services des avocats» et à l'interprétation bien établie des Règles de notre Cour suivant laquelle les honoraires d'avocat ne sont pas taxés en faveur des plaideurs qui agissent pour leur propre compte².

L'avocat du demandeur m'informe que celui-ci a déposé une demande de révision de la décision rendue sur la taxation, mais qu'il a laissé cette demande en suspens et a introduit l'action en question en l'espèce. Dans la présente action, il allègue que les Règles 344 [mod. par DORS/87-221, art. 2] et 346 [mod., *idem*, art. 3] des *Règles de la Cour fédérale* et le tarif B créent une discrimination à l'égard des parties qui plaident elles-mêmes leur cause parce qu'ils ne permettent pas de rémunérer le travail personnel qui est effectué par les parties qui obtiennent gain de cause et qui serait rémunéré en partie si ces personnes engageaient plutôt un avocat et parce qu'ils prévoient que la taxation des frais et des dépens autres que ceux qui sont normalement prévus au tarif B ne peut avoir lieu que sur directive spéciale donnée par la Cour en vertu de la Règle 344(7), et que le fait de demander cette directive défavorise le plaideur qui agit pour son propre compte. Dans sa déclaration, le demandeur invoque 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]], et il nie que les Règles en question puissent constituer une limite raisonnable (justifiée par l'article premier) à son droit à l'égalité devant la loi et à la même protection et au même bénéfice de la loi. Il sollicite divers jugements déclaratoires en ce sens, un bref de *certiorari* annulant la décision de l'officier taxateur, et un bref de *mandamus* enjoignant aux officiers taxateurs de taxer ses frais et ses dépens comme

² See e.g. *Davidson v. Canada (Solicitor General)*, [1989] 2 F.C. 341 (C.A.).

² Voir, par ex., *Davidson c. Canada (Procureur général)*, [1989] 2 C.F. 341 (C.A.).

successful litigant who has been represented by counsel.

Conclusion

I am satisfied that the action should be struck out.

In his statement of claim the plaintiff describes himself as a "public interest researcher". The key paragraphs of the statement of claim for present purposes are the following:

6. As a public interest researcher, the Plaintiff from time to time seeks information from federal government institutions that can be used by himself and others to support objective assessment and criticism of the policies and practices of the Government of Canada.

7. The Plaintiff has on many occasions sought information under the *Access to Information Act*, R.S.C. 1985, c. A-1, as amended, on his own behalf, or on behalf of the media or public interest organizations, including organizations aimed at the betterment of socially and economically disadvantaged groups and individuals.

8. On several occasions, when a request for information under the *Access to Information Act* has been denied by a federal government institution, the Plaintiff has sought judicial review of the denial in the Federal Court of Canada.

9. Due to the limited resources available to support public interest activities of the kind carried out by the Plaintiff, he cannot afford to retain counsel to represent him in access to information applications. If the Plaintiff were to retain counsel in such applications, it would severely compromise the effectiveness of his role as a public interest researcher as it would add significantly to the expense of obtaining the relevant information.

23. Federal Court Rules 344 and 346, and Tariff B, discriminate against self-represented litigants. Rule 346(1) stipulates that, unless otherwise ordered by the Court, all costs between party and party shall be taxed in accordance with Tariff B. Tariff B provides for costs to be allowed by the Taxing Officer "for the services of counsel", but does not make an express allowance for time and expenses (apart from disbursements) incurred by a self-represented litigant in performing those functions which would be regarded as allowable services had the litigant chosen to be represented by counsel.

24. To the extent that such costs can be recovered at all by a self-represented litigant, it would be necessary for such litigant to invoke the discretionary authority of the Court under Rule 344 within the time period stipulated in subsection (7) thereof. This places a self-represented litigant who has been awarded costs by the Court at a disadvantage, as compared to a litigant represented by counsel, in respect of the recovery of costs

s'il s'agissait de la taxation des frais et dépens d'un plaideur qui a obtenu gain de cause et qui était représenté par un avocat.

Conclusion

Je suis convaincu qu'il y a lieu de rejeter l'action.

Dans sa déclaration, le demandeur se qualifie de «personne qui fait de la recherche dans l'intérêt du public». Voici les paragraphes clés de sa déclaration:

[TRADUCTION] 6. En tant que personne qui fait de la recherche dans l'intérêt du public, le demandeur s'adresse à l'occasion à des institutions fédérales pour obtenir des renseignements qui peuvent être utilisés par lui-même ou par d'autres personnes pour faciliter l'évaluation et la critique objectives des politiques et des méthodes de l'Administration fédérale.

7. Le demandeur a, à plusieurs reprises, demandé la communication de renseignements en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), chap. A-1, modifiée, pour son propre compte ou pour le compte de la presse écrite et parlée ou d'organismes d'intérêt public, dont des organismes visant à améliorer la situation de groupes et de personnes socialement et économiquement défavorisés.

8. À plusieurs occasions, après s'être vu refuser par une institution fédérale ses demandes de communication de renseignements présentées en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*, le demandeur a demandé la révision judiciaire du refus par la Cour fédérale du Canada.

9. En raison des ressources limitées qui sont disponibles pour appuyer des activités d'intérêt public comme celles qu'il exerce, le demandeur n'a pas les moyens de retenir les services d'un avocat pour le représenter dans ses demandes d'accès à l'information. Si le demandeur devait engager un avocat pour de telles demandes, cela compromettrait sérieusement son rôle de personne qui fait de la recherche dans l'intérêt du public à cause des coûts supplémentaires considérables qu'il faudrait engager pour obtenir les renseignements pertinents.

23. Les Règles 344 et 346 des Règles de la Cour fédérale et le tarif B créent une discrimination à l'égard des parties qui plaident elles-mêmes leur cause. La Règle 346(1) des Règles dispose que, sauf ordonnance contraire de la Cour, tous les dépens entre parties doivent être taxés conformément au tarif B. Le tarif B prévoit les sommes qui peuvent être accordées par l'officier taxateur «pour les services des avocats», mais ne contient pas de disposition expresse au sujet du temps et des frais (exception faite des débours) que le plaideur qui agit pour son propre compte a consacré pour exécuter les fonctions qui seraient considérées comme des services admissibles si le plaideur avait choisi de se faire représenter par un avocat.

24. Dans la mesure où elle peut récupérer les frais et les dépens en question, la partie qui plaide elle-même sa cause devra, dans le délai prévu à la Règle 344(7), invoquer le pouvoir discrétionnaire que la Règle 344 confère à la Cour. Le plaideur qui agit pour son propre compte est ainsi désavantagé par rapport au plaideur qui est représenté par un avocat pour ce qui est de la récupération des frais et des dépens associés aux fonctions pour

associated with the functions for which costs can be recovered under Tariff B.

25. A self-represented litigant is nonetheless liable to pay costs to an opposing litigant who is represented by counsel, thereby placing the self-represented litigant at a disadvantage in the litigation process.

26. The Federal Court Rules, as promulgated and applied, have the effect of discriminating against those who, owing to the public interest nature of their activities, political orientation, economic circumstances, or a combination thereof, do not retain counsel, by compelling them either to bear the cost of certain functions that are not borne to the same extent by litigants who have the resources to retain counsel, or to meet criteria that do not have to be met in seeking recovery of such costs by litigants who retain counsel, or, alternatively, to refrain from applying to the Court.

27. The Plaintiff's constitutional rights to equality before and under the law and to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination, as guaranteed by section 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, have thereby been infringed and denied.

It is common ground that there is a distinction made by the Rules and Tariff B as interpreted by this Court, as between self-represented litigants and those represented by counsel. This was made amply clear by the *Davidson* case³ where a lawyer acting for himself was denied taxation of a counsel fee. It appears to me that to succeed in his action, however, the plaintiff must demonstrate that this unfavourable distinction, which he must bear along with all other self-represented litigants, amounts to discrimination within subsection 15(1) of the Charter. In that respect, McIntyre J. writing for a majority of the Supreme Court of Canada in *Andrews v. Law Society of British Columbia*⁴ held that a mere unfavourable distinction created by law does not automatically contravene subsection 15(1). Such distinction must amount to discrimination. He indicated that as a condition of finding "discrimination" within the meaning of subsection 15(1), the ground of discrimination must be one of those enumerated in that subsection or some analogous ground. This

lesquelles des frais et des dépens peuvent être récupérés en vertu du tarif B.

25. La partie qui plaide elle-même sa cause s'expose quand même à devoir payer les dépens de la partie adverse qui est représentée par un avocat, ce qui, au procès, désavantage la première.

26. Telles qu'elles ont été promulguées et telles qu'elles sont appliquées, les Règles de la Cour fédérale ont pour effet de créer une discrimination à l'égard des personnes qui, en raison de leurs activités d'intérêt public, de leur orientation politique ou de leur situation économique ou d'une combinaison de ces facteurs, n'engagent pas d'avocat, car elles les forcent soit à supporter le coût de certaines fonctions qui n'est pas assumé dans la même mesure par les plaideurs qui ont les moyens de retenir les services d'un avocat, soit à satisfaire à des critères que les plaideurs qui engagent des avocats ne sont pas tenus de respecter pour récupérer les frais et les dépens en question, soit, finalement, à s'abstenir de s'adresser à la Cour.

27. On a de ce fait porté atteinte aux droits constitutionnels du demandeur à l'égalité devant la loi et à la même protection et au même bénéfice de la loi indépendamment de toute discrimination qui sont garantis par le paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Il est de jurisprudence constante que les Règles et le tarif B, tels qu'ils ont été interprétés par notre Cour, établissent une distinction entre les plaideurs qui agissent pour leur propre compte et ceux qui sont représentés par un avocat. Cela a été affirmé dans les termes les plus nets dans l'arrêt *Davidson*³, dans lequel un avocat qui agissait pour lui-même s'est vu refuser la taxation d'honoraires d'avocat. Il me semble toutefois que pour obtenir gain de cause dans son action, le demandeur doit démontrer que cette distinction défavorable, dont il fait l'objet au même titre que tous les autres plaideurs qui plaident eux-mêmes leur cause, équivaut à une discrimination au sens du paragraphe 15(1) de la Charte. À cet égard, le juge McIntyre, qui s'exprimait au nom de la majorité de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*⁴ a jugé qu'une simple distinction défavorable créée par la loi ne contrevenait pas automatiquement au paragraphe 15(1). Cette distinction doit constituer une discrimination. Il a précisé que pour pouvoir conclure à l'existence d'une «discrimination» au sens du paragraphe 15(1), il faut que le motif de discrimination

³ *Supra*, note 2.

⁴ [1989] 1 S.C.R. 143, at pp. 181-182.

³ *Supra*, note 2.

⁴ [1989] 1 R.C.S. 143, aux p. 181 et 182.

test has been applied again by the Supreme Court in a later case as the sole basis for rejecting an allegation of discrimination.⁵

The plaintiff does not demonstrate any special standing to raise issues concerning the rights of anyone other than himself in respect of the taxation of costs in the particular litigation against CMHC which forms the basis of this action. He alleges no connection in this particular quest for information with any organization "aimed at the betterment of socially and economically disadvantaged groups and individuals" as referred to in paragraph 7 of the statement of claim. The only role or characteristic alleged by the plaintiff in his pursuit of CMHC is that of "public interest researcher", a seemingly self-defined role. I see nothing in this which alleges a set of facts upon which the Court could as a matter of law find discrimination on grounds analogous to those set out in subsection 15(1) of the Charter. That is, I can see no allegation that the plaintiff as a "public interest researcher" is, where the law is disadvantageous to him, *per se* the victim of discrimination on a ground analogous to those in subsection 15(1). The closest statements to such an allegation refer to his "limited resources" and the compromise of his effectiveness if he had to incur the expense of engaging a lawyer in order to claim counsel fees on a party and party basis. Assuming as I must that there is some reality in this alleged option, the mere suggestion that a certain litigant who is not otherwise identifiable as an object of discrimination is at a financial disadvantage as compared to others is not, in my view, an allegation of "discrimination" as contemplated by subsection 15(1).

In argument counsel for the plaintiff stressed, however, his association with groups which, it was

⁵ *Reference Re Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.)*, [1989] 1 S.C.R. 922, at p. 924.

soit l'un des motifs énumérés à ce paragraphe ou un motif analogue. La Cour suprême du Canada a appliqué à nouveau ce critère dans une affaire ultérieure comme seul motif de rejet d'une allé-
gation de discrimination⁵.

Le demandeur ne justifie pas d'un intérêt particulier pour soulever des points litigieux au sujet des droits de toute personne autre que lui-même à l'égard de la taxation des frais et des dépens dans le litige particulier qui l'oppose à la SCHL et qui est à la base de la présente action. Il n'allègue aucun lien, à l'égard de la présente demande de renseignements, avec les organismes «visant à améliorer la situation de groupes et de personnes socialement et économiquement défavorisés» dont il est question au paragraphe 7 de la déclaration. Le seul rôle ou trait caractéristique que revendique le demandeur dans la poursuite qu'il a intentée contre la SCHL est celui de «personne qui fait de la recherche dans l'intérêt du public», un qualificatif qu'il semble s'être lui-même attribué. Je ne vois dans tout cela aucune allégation d'une série de faits sur la base desquels la Cour pourrait conclure en droit à une discrimination fondée sur des motifs analogues à ceux qui sont énumérés au paragraphe 15(1) de la Charte. En d'autres termes, je ne constate aucune allégation portant qu'en tant que «personne qui fait de la recherche dans l'intérêt du public», le demandeur est victime, dans les cas où la loi lui est défavorable, d'une discrimination fondée sur un motif analogue à ceux qui sont énumérés au paragraphe 15(1) de la Charte. L'affirmation qui se rapproche le plus d'une telle allé-
gation est celle où il parle de ses «ressources limitées» et du fait que son efficacité serait compromise s'il devait déboursier de l'argent pour engager un avocat afin de réclamer des honoraires d'avocat au tarif des dépens entre parties. Si, comme j'y suis tenu, je présume que cette option est vraisemblable, la simple prétention qu'un certain plaideur, qui n'a par ailleurs pas réussi à établir qu'il faisait l'objet d'une discrimination, est financièrement désavantagé par rapport aux autres ne constitue pas, à mon avis, une allégation de «discrimination» au sens du paragraphe 15(1).

Lors des débats, l'avocat du demandeur a toute-
fois insisté sur le fait qu'il fréquentait des groupes

⁵ *Renvoi relatif à la Workers' Compensation Act, 1983 (T.-N.)*, [1989] 1 R.C.S. 922, à la p. 924.

suggested, are typically underfunded and invariably devoted to the public interest. Thus, it was argued, rules imposing a disadvantage on persons such as the plaintiff thereby impose the same disadvantages on the groups with which he is associated. As indicated I am unable to see that the plaintiff has pleaded the prerequisites for establishing a “public interest standing” to pursue this issue for all public interest researchers or groups,⁶ going beyond the standing which he undoubtedly has to challenge the application of the Tariff to him personally in the Access to Information action against CMHC in question here. However, even assuming that standing could be established herein to invoke the alleged constitutional rights of all and sundry “public interest” individuals and groups who do not retain counsel, and assuming all facts alleged here to be true, I am unable to see how a constitutional right of them all can be made out in these proceedings with respect to the operation of Tariff B and the *Federal Court Rules*. The key paragraph in the statement of claim is, I believe paragraph 26 which for convenience will be repeated.

26. The Federal Court Rules, as promulgated and applied, have the effect of discriminating against those who, owing to the public interest nature of their activities, political orientation, economic circumstances, or a combination thereof, do not retain counsel, by compelling them either to bear the cost of certain functions that are not borne to the same extent by litigants who have the resources to retain counsel, or to meet criteria that do not have to be met in seeking recovery of such costs by litigants who retain counsel, or, alternatively, to refrain from applying to the Court. [Emphasis added.]

In trying to find in this statement the allegations which could support a claim of discrimination under subsection 15(1) I have had respectful regard to the judgment of Dickson C.J. in *Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*⁷ where he said:

⁶ He has not demonstrated, for example, that it is unlikely these others could raise the issue themselves if and when it might come to bear on them in actual litigation.

⁷ [1985] 1 S.C.R. 441, at p. 455.

qui seraient pour la plupart systématiquement sous-financés et qui défendraient invariablement l'intérêt public. Ainsi, des règles qui défavorisent des personnes comme le demandeur désavantageraient de ce fait de la même manière les groupes qu'elles fréquentent. Comme je l'ai déjà précisé, le demandeur n'a pas invoqué selon moi les conditions préalables requises pour établir que l'intérêt qu'il a pour agir «dans l'intérêt du public», en vue de défendre cette question au nom de tous les groupes et chercheurs d'intérêt public⁶, dépasse l'intérêt qu'il possède indubitablement pour contester l'application qui lui est personnellement faite du tarif dans l'action en accès à l'information intentée contre la SCHL. Cependant, même en supposant que le demandeur puisse établir qu'il a qualité en l'espèce pour invoquer les présumés droits constitutionnels de n'importe quel individu et groupe «d'intérêt public» qui n'engage pas d'avocat et même en supposant que tous les faits articulés en l'espèce soient véridiques, je ne vois pas comment on pourrait établir qu'ils possèdent tous en l'espèce un droit constitutionnel à l'égard de l'application du tarif B et des *Règles de la Cour fédérale*. Le paragraphe clé de la déclaration est, à mon avis, le paragraphe 26, que, par souci de commodité, je reproduis à nouveau:

[TRADUCTION] 26. Telles qu'elles ont été promulguées et telles qu'elles sont appliquées, les Règles de la Cour fédérale ont pour effet de créer une discrimination à l'égard des personnes qui, en raison de leurs activités d'intérêt public, de leur orientation politique ou de leur situation économique ou d'une combinaison de ces facteurs, n'engagent pas d'avocat, car elles les forcent soit à supporter le coût de certaines fonctions qui n'est pas assumé dans la même mesure par les plaideurs qui ont les moyens de retenir les services d'un avocat, soit à satisfaire à des critères que les plaideurs qui engagent des avocats ne sont pas tenus de respecter pour récupérer les frais et les dépens en question, soit, finalement, à s'abstenir de s'adresser à la Cour. [Les soulignements sont de moi.]

En essayant de trouver dans cet énoncé les allégations qui pourraient justifier une accusation de discrimination fondée sur le paragraphe 15(1), j'ai tenu dûment compte du jugement prononcé par le juge en chef Dickson dans l'affaire *Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*⁷ dans lequel ce dernier a déclaré:

⁶ Il n'a pas démontré, par exemple, qu'il est peu probable que d'autres personnes puissent soulever elles-mêmes la question en litige si cette question les concernait dans un litige réel.

⁷ [1985] 1 R.C.S. 441, à la p. 455.

The rule that the material facts in a statement of claim must be taken as true for the purpose of determining whether it discloses a reasonable cause of action does not require that allegations based on assumptions and speculations be taken as true. The very nature of such an allegation is that it cannot be proven to be true by the adduction of evidence. It would, therefore, be improper to accept that such an allegation is true. No violence is done to the rule where allegations, incapable of proof, are not taken as proven.

As noted, the plaintiff must allege that the unfavourable distinction made against self-represented litigants leads to some "discrimination" on a ground analogous to the grounds specified in subsection 15(1). The best that can be said for the allegations in paragraph 26 is that they are, to borrow the words of Dickson C.J., "based on assumptions and speculations" which "cannot be proven to be true by the adduction of evidence". What evidence would prove the "public interest nature" of the activities of a given individual or group? Are courts to engage in speculation as to who truly represents the "public interest"? What assumptions would have to be made as to why such a group does not retain counsel? Similar speculation would be required in respect of how the "political orientation" of a group would cause it not to retain counsel. The mere suggestion that in respect of a given individual or group, "economic circumstances" prevent him or it from retaining counsel does not, as indicated above, amount to an allegation of discrimination on a ground analogous to those specified in subsection 15(1). Finally, it must be observed that paragraph 26 does not allege that any one of the specified characteristics ("public interest nature of their activities", "political orientation", "economic circumstances") is essential to make a person or group a victim of discrimination. It may be any one or a combination of such factors which allegedly leads them not to retain counsel. This underlines the sweeping, nebulous, and highly speculative, nature of the allegations.

In coming to this conclusion I have had regard

La règle selon laquelle les faits matériels d'une déclaration doivent être considérés comme vrais, lorsqu'il s'agit de déterminer si elle révèle une cause raisonnable d'action, n'oblige pas à considérer comme vraies les allégations fondées sur des suppositions et des conjectures. La nature même d'une telle allégation, c'est qu'on ne peut en démontrer la véracité par la présentation de preuves. Il serait donc inapproprié d'accepter une telle allégation comme vraie. On ne fait pas violence à la règle lorsque des allégations, non susceptibles de preuve, ne sont pas considérées comme prouvées.

Comme je l'ai déjà fait observer, le demandeur doit alléguer que la distinction défavorable dont font l'objet les personnes qui plaident elles-mêmes leur cause donne lieu à une certaine «discrimination» fondée sur un motif analogue à ceux qui sont énumérés au paragraphe 15(1). Le mieux qu'on puisse dire en faveur des allégations contenues au paragraphe 26 c'est, pour reprendre les mots du juge en chef Dickson, qu'elles sont «fondées sur des suppositions et des conjectures» dont «on ne peut démontrer la véracité par la présentation de preuves». Quelle preuve établirait que les activités d'un individu ou d'un groupe donné sont «d'intérêt public»? Les tribunaux vont-ils se livrer à des conjectures pour savoir qui représente véritablement l'intérêt public? Quelles suppositions faudrait-il faire pour connaître les raisons pour lesquelles ce groupe ne retient pas les services d'un avocat? Il faudrait se livrer à des conjectures semblables pour déterminer de quelle manière l'orientation politique d'un groupe l'inciterait à ne pas engager d'avocat. Le simple fait de prétendre, en ce qui concerne un individu ou un groupe donné, que sa «situation économique» ne lui permet pas d'engager un avocat, ne constitue pas, comme je l'ai déjà signalé, une allégation de discrimination fondée sur un motif analogue à ceux qui sont énumérés au paragraphe 15(1). Finalement, il convient d'observer qu'au paragraphe 26, le demandeur n'allègue pas que l'une des caractéristiques qui y sont précisées (les «activités d'intérêt public», l'«orientation politique», la «situation économique») est essentielle pour qu'une personne ou un groupe soient victimes d'une discrimination. Il se peut que ce soit l'un de ces facteurs ou une combinaison de plusieurs d'entre eux qui les amènerait à ne pas engager d'avocat. Cela fait ressortir le caractère par trop général, nébuleux et très conjectural des allégations.

Pour en arriver à cette conclusion, j'ai tenu

to the decision of the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division in *McBeth v. Dalhousie University*⁸ in which it was held that the denial of counsel fee to a self-represented litigant was contrary to subsection 15(1) of the Charter. However, that view was rejected by the Federal Court of Appeal in the *Davidson* case⁹ which followed other jurisprudence of this Court on the interpretation of section 15 and upheld our Rules and Tariffs. While the Court of Appeal's interpretation there of section 15 may have been affected to some extent by the more recent *Andrews* decision¹⁰ of the Supreme Court, the latter case together with the *Reference Re Worker's Compensation Act, 1983* decision¹¹ have clearly required that unfavourable distinctions, to be prohibited by subsection 15(1), must be either on a ground specified in subsection 15(1) or on one analogous thereto.

The motion to strike the statement of claim is therefore granted with costs.

The motion to strike out the Taxing Officers as defendants should also be granted and this would be the case even if the action were to continue. They would not be necessary parties to this action as the essential issues could be addressed in the declaratory proceedings. If the plaintiff had been able to proceed successfully to judgment the Court could itself correct the taxation, either by agreement in these proceedings or on the review of the taxation by a judge for which the plaintiff has already made application. As the action is without foundation these defendants are also entitled to costs.

compte de l'arrêt *McBeth v. Dalhousie University*⁸ de la Section d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, dans lequel on a jugé que le fait de refuser les honoraires d'avocat à un plaideur qui agit pour son propre compte allait à l'encontre du paragraphe 15(1) de la Charte. Cette manière de voir a toutefois été écartée par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Davidson*⁹, dans lequel la Cour a suivi d'autres décisions de notre Cour qui portaient sur l'interprétation de l'article 15 et qui confirmaient la validité de nos Règles et de nos tarifs. Bien que l'interprétation que la Cour d'appel a donnée de l'article 15 ait pu être influencée dans une certaine mesure par l'arrêt plus récent *Andrews*¹⁰ de la Cour suprême, il ressort à l'évidence de ce dernier arrêt et de la décision *Renvoi relatif à la Worker's Compensation Act, 1983*¹¹ qu'on exige, pour qu'elles soient interdites par le paragraphe 15(1), que les distinctions défavorables soient fondées sur un des motifs énumérés au paragraphe 15(1) ou sur un motif analogue.

La requête en radiation de la déclaration est en conséquence accueillie avec dépens.

La requête en mise hors de cause des officiers taxateurs à titre de défendeurs devrait également être accueillie et ce, même si l'action devait se poursuivre. Leur participation au procès comme parties n'est pas nécessaire, étant donné que les points litigieux essentiels pourraient être examinés au cours de la procédure déclaratoire. Si le demandeur avait pu poursuivre l'instance avec succès jusqu'au jugement, la Cour aurait pu elle-même corriger la taxation soit d'un commun accord dans le cadre de la présente instance, soit à l'occasion d'une révision de la taxation par un juge. Le demandeur a déjà présenté une demande de révision de la taxation. Étant donné que l'action est mal fondée, ces défendeurs ont également droit aux dépens.

⁸ (1986), 72 N.S.R. (2d) 224.

⁹ *Supra*, note 2.

¹⁰ *Supra*, note 4.

¹¹ *Supra*, note 5.

⁸ (1986), 72 N.S.R. (2d) 224.

⁹ *Supra*, note 2.

¹⁰ *Supra*, note 4.

¹¹ *Supra*, note 5.

A-973-87	A-973-87
Nova Scotia Nurses Union, DEVCO Local ("NSNU") (<i>Applicant</i>)	Le Syndicat des infirmières de la Nouvelle-Écosse, section locale DEVCO («SINE») (<i>requérant</i>)
v.	c.
Canada Labour Relations Board ("CLRB") (<i>Respondent</i>)	Le Conseil canadien des relations du travail («CCRT») (<i>intimé</i>)
and	b et
Cape Breton Development Corporation ("DEVCO") (<i>Respondent</i>)	La Société de développement du Cap-Breton («DEVCO») (<i>intimée</i>)
and	c et
Canadian Union of Public Employees, Locals 1476 and 2046 ("CUPE") (<i>Respondent</i>)	Le Syndicat canadien de la Fonction publique, sections 1476 et 2046 («SCFP») (<i>intimé</i>)
and	et
Canadian Brotherhood of Railway, Transport and General Workers, Locals 504, 509 and 510 ("CBRT-GW") (<i>Respondents</i>)	La Fraternité canadienne des cheminots, employés des transports et autres ouvriers, sections locales 504, 509 et 510 («FCCET-AO») (<i>intimée</i>)
and	d et
International Association of Machinists and Aerospace Workers ("IAM") (<i>Respondent</i>)	L'Association internationale des machinistes et des travailleurs de l'aérospatiale («AIM») (<i>intimée</i>)
and	e et
United Transportation Union Enginemen and Trainmen ("UTU") (<i>Respondent</i>)	Les Travailleurs unis des transports, agents de train et mécaniciens de locomotive («TUT») (<i>intimé</i>)
and	f et
United Mine Workers of America, District No. 26 and Sectionmen (<i>Respondent</i>)	Les Mineurs unis d'Amérique, district n° 26 et agents de la voie (<i>intimés</i>)
and	g et
Rail Canada Traffic Controllers ("RCTC") (<i>Respondent</i>)	Les Contrôleurs de la circulation ferroviaire du Canada («CCFC») (<i>intimé</i>)
and	h et
INDEXED AS: NOVA SCOTIA NURSES UNION, DEVCO LOCAL v. CANADA (LABOUR RELATIONS BOARD) (C.A.)	RÉPERTORIÉ: SYNDICAT DES INFIRMIÈRES DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE, SECTION LOCALE DEVCO c. CANADA (CONSEIL DES RELATIONS DU TRAVAIL) (C.A.)
Court of Appeal, Heald, Marceau and MacGuigan J.J.A.—Halifax, March 15; Ottawa, March 23, 1989.*	Cour d'appel, juges Heald, Marceau et MacGuigan, J.C.A.—Halifax, 15 mars; Ottawa, 23 mars 1989*.
* Editor's Note: The reasons for judgment herein were received from the Court on November 6, 1990.	* Note de l'arrêteste: Les motifs du jugement en l'espèce ont été reçus de la Cour le 6 novembre 1990.

Labour relations — Revocation of certification — NSNU certified as agent for bargaining unit of registered nurses employed by DEVCO — 12 nurses out of 3,400 employees, at 5 locations — Board finding inappropriate to have such small, scattered unit — Board deciding unnecessary to answer question as to professional status of nurses — No error in law or, if any, not so patently unreasonable as to warrant judicial review.

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental freedoms — Freedom of association — Decertification of NSNU as bargaining agent for registered nurses employed by DEVCO not in violation of nurses' freedom of association — Right to belong to specific bargaining unit dependent upon status of right to collective bargaining — Right to bargain collectively not guaranteed by Charter, s. 2(d).

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — NSNU certified as agent for bargaining unit of registered nurses employed by DEVCO — 12 nurses out of 3,400 employees, at 5 locations — Board revoking certification on ground inappropriate to have such small, scattered unit — No violation of equality rights as no discrimination in relation to personal characteristics and no disadvantages nor loss of advantages in comparison with other groups.

The Nova Scotia Nurses Union, DEVCO Local (NSNU) had been certified for a bargaining unit composed of twelve registered nurses employed by the respondent DEVCO. In a decision dated September 30, 1987, the Canada Labour Relations Board directed the revocation of that certification and the integration of these nurses into a bargaining unit with the supervisory group of CUPE. The Board found that a twelve-person bargaining unit scattered across the employer's operation was inappropriate for collective bargaining in an industrial milieu of 3,400 employees. It declined to answer the question raised by the NSNU as to the "professional employee" status of Registered Nurses under the *Canada Labour Code*. This was a section 28 application to review and set aside that decision on the grounds that it was a violation of the nurses' freedom of association and equality rights guaranteed by the Charter. It was also argued that the Board had declined to exercise its jurisdiction by refusing to make a decision as to professional status and by making a finding of inappropriateness based solely on the numerical size of the unit.

Held, the application should be dismissed.

Per MacGuigan J.A.: The Board had not declined to exercise its jurisdiction. The finding of inappropriateness was not based solely on numbers: the Board saw the numbers as so disproportionate as to amount to a qualitative rather than just a quantitative difference. It also thought it relevant that the twelve nurses were scattered throughout five locations, with no more than three at any location. The finding was within the Board's

Relations du travail — Révocation de l'accréditation — SINE accrédité à titre d'agent négociateur de l'unité de négociation formée des infirmières travaillant pour DEVCO — Douze infirmières parmi 3 400 employés, dispersées dans cinq établissements — Le Conseil a conclu à l'inopportunité d'une unité aussi petite, dispersée — Le Conseil a jugé qu'il n'était pas nécessaire de trancher la question du statut professionnel des infirmières — Aucune erreur de droit ou, si tant est qu'il y eût une erreur, elle n'était pas manifestement déraisonnable au point d'exiger une révision judiciaire.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Libertés fondamentales — Liberté d'association — La révocation de l'accréditation du SINE à titre d'agent négociateur des infirmières diplômées employées par DEVCO ne viole pas leur liberté d'association — Le droit d'appartenir à une unité de négociation donnée est subordonné à la validité du droit de négocier collectivement — Le droit de négocier collectivement n'est pas garanti par l'art. 2d) de la Charte.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — SINE accrédité à titre d'agent négociateur de l'unité de négociation formée des infirmières travaillant pour DEVCO — Douze infirmières parmi 3 400 employés, dispersées dans cinq établissements — Le Conseil a révoqué l'accréditation en raison de l'inopportunité d'une unité aussi petite, dispersée — Il n'y a pas eu de violation des droits à l'égalité vu l'absence de discrimination reliée aux caractéristiques personnelles et de désavantage ou perte d'avantages par rapport à d'autres groupes.

Le Syndicat des infirmières de la Nouvelle-Écosse, section locale DEVCO (SINE) avait été accrédité à titre d'agent négociateur d'une unité de négociation formée de douze infirmières diplômées employées par l'intimée DEVCO. Par une décision datée du 30 septembre 1987, le Conseil canadien des relations du travail a ordonné la révocation de l'accréditation et l'incorporation de ces infirmières dans une unité de négociation formée du groupe des surveillants du SCFP. Le Conseil a jugé qu'il n'était pas approprié qu'une unité ne comprenant que douze personnes dispersées dans les diverses installations de l'employeur soit habilitée à négocier collectivement dans un milieu industriel de 3 400 employés. Il ne s'est pas prononcé sur la question soulevée par le SINE au sujet du statut d'«employées professionnelles» des infirmières au sens du *Code canadien du travail*. Il s'agissait d'une demande de révision et d'annulation de cette décision, en vertu de l'article 28, au motif que la liberté d'association et les droits à l'égalité des infirmières, qui sont garantis par la Charte, avaient été violés. Selon un autre argument avancé, le Conseil a refusé d'exercer sa compétence en ne statuant pas sur le statut professionnel et en concluant à l'invalidité de l'unité en fonction uniquement d'un facteur numérique.

Arrêt: la demande devrait être rejetée.

Le juge MacGuigan, J.C.A.: Le Conseil n'avait pas refusé d'exercer sa compétence. La décision concluant à l'invalidité ne reposait pas uniquement sur le nombre de membres: le Conseil a estimé que le nombre était disproportionné au point de représenter une différence qualitative plutôt que simplement quantitative. Il a également estimé pertinent le fait que les douze infirmières aient été éparpillées en cinq endroits, trois au maximum étant réunies au même endroit. La décision relevait de la compétence du Conseil et, même s'il y avait eu erreur de

discretion and even if it was an error in law, it was not so patently unreasonable as to be open to judicial review.

The Board was entitled to decide that it was unnecessary for it to determine the professional employee status of registered nurses under the Code once it had found that, in any event, the unit was inappropriate for collective bargaining.

The applicant's argument, that by depriving the nurses of their own bargaining unit the Board had infringed their freedom of association, was without merit. The right to belong to a specific bargaining unit was dependent upon the status of the right to collective bargaining. However, it has been decided by this Court (in *Public Service Alliance of Canada v. The Queen*, [1984] 2 F.C. 889, affirmed by the Supreme Court of Canada with three of the six judges taking the same view of the law as did this Court), that the right to bargain collectively was not guaranteed by paragraph 2(d) of the Charter. This Court accordingly remains bound by its own earlier decision.

The applicant's equality rights were not violated. The nursing employees suffered no discrimination in relation to their personal characteristics and had neither disadvantages nor loss of advantages in comparison with other groups. Since the Board had not based its decision on numbers only, the argument that the nurses had been discriminated against on that basis is rejected.

Per Marceau J.A.: There was no merit to the argument that by declining to make a definite ruling as to the professional status of the nurses, the Board in effect refused to exercise its jurisdiction. Once it had determined that the nurses could not form an appropriate unit, the issue of professional status had become purely academic.

Neither the freedom of association of employees in the situation of the nurses here, nor their right of equality before the law could in any way be infringed by a legal and *bona fide* application by the Board of paragraph 125(3)(a) of the Code. In any event, this Court has previously held that recourse to a section 28 application cannot be had to attack the constitutionality of the provisions of law the tribunal whose decision is under review is called upon to apply. The reason is that this Court has not been given the power to make a declaration of unconstitutionality or inoperativeness in disposing of an application for judicial review.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1, ss. 118 (as am. by S.C. 1972, c. 18, s. 1), 119 (as am. *idem*), 122 (as am. by S.C. 1972, c. 18, s. 1; 1977-78, c. 27, s. 43), 125 (as am. by S.C. 1972, c. 18, s. 1) (1),(2),(3)(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], ss. 1, 2(d), 15(1).

Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28.
Industrial Relations and Disputes Investigation Act, R.S.C. 1952, c. 152.

droit, elle n'aurait pas été manifestement déraisonnable au point de pouvoir faire l'objet d'une révision judiciaire.

Le Conseil était en droit de décider qu'il n'était pas nécessaire de se prononcer sur le statut d'employées professionnelles des infirmières diplômées, au sens du Code, parce qu'il avait conclu que, de toute façon, l'unité était inhabile à négocier collectivement.

L'argument du requérant selon lequel le Conseil, en privant les infirmières de leur propre unité de négociation, avait violé leur liberté d'association, n'était pas fondé. Le droit d'appartenir à une unité de négociation donnée est subordonné à la validité du droit de négocier collectivement. Or, cette Cour a déjà déclaré (dans *Alliance de la Fonction publique du Canada c. La Reine*, [1984] 2 C.F. 889, confirmé par la Cour suprême du Canada, trois des six juges émettant la même opinion que cette Cour sur l'état du droit) que le droit de négocier collectivement n'était pas garanti par l'alinéa 2d) de la Charte. Cette Cour continue donc d'être liée par sa propre décision antérieure.

Les droits à l'égalité du requérant n'ont pas été violés. Les infirmières employées n'ont été l'objet d'aucune discrimination reliée à leurs caractéristiques personnelles et n'ont subi aucun désavantage ou perte d'avantages par rapport à d'autres groupes. Comme le Conseil n'a pas fondé sa décision sur un simple facteur numérique, l'argument selon lequel les infirmières ont été victimes de discrimination sur ce plan-là est rejeté.

Le juge Marceau, J.C.A.: L'argument selon lequel le Conseil, en ne statuant pas définitivement sur le statut professionnel des infirmières, aurait refusé d'exercer sa compétence n'était pas fondé. Le Conseil ayant établi que les infirmières ne pouvaient pas former une unité habile à négocier, la question du statut professionnel n'était plus que purement théorique.

En appliquant de bonne foi et conformément à la loi les dispositions de l'alinéa 125(3)a) du Code, le Conseil ne pouvait d'aucune façon porter atteinte à la liberté d'association d'employés dans un cas comme celui des infirmières en l'espèce, ou à leurs droits à l'égalité devant la loi. Mais de toute façon, cette Cour a déjà décidé que l'on ne pouvait pas invoquer l'article 28 pour attaquer la constitutionnalité des dispositions dont devait connaître le tribunal qui a rendu la décision faisant l'objet de la révision. Cette Cour n'est en effet pas investie du pouvoir de déclarer ces dispositions inconstitutionnelles ou inopérantes en statuant sur une demande de révision judiciaire.

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), 15(1).

Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1, art. 118 (mod. par S.C. 1972, chap. 18, art. 1), 119 (mod., *idem*), 122 (mod. par S.C. 1972, chap. 18, art. 1; 1977-78, chap. 27, art. 43), 125 (mod. par S.C. 1972, chap. 18, art. 1) (1), (2), (3)a).

Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, art. 28.

Loi sur les relations industrielles et sur les enquêtes visant les différends du travail, S.R.C. 1952, chap. 152.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

AFFIRMED:

Cape Breton Development Corporation and United Mine Workers of America, District No. 26, et al. (1987), 72 di a
73; 80 CLLC 14,020 (CLRb).

FOLLOWED:

Public Service Alliance of Canada v. The Queen, [1984] b
2 F.C. 889; (1984), 11 D.L.R. (4th) 387; 84 CLLC 10,054; 11 C.R.R. 97; 55 N.R. 285 (C.A.); affd [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.

APPLIED:

Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada Labour Relations Board, [1984] 2 S.C.R. 412; 14 D.L.R. (4th) 457; (1984), 55 N.R. 321; 14 Admin. L.R. 72; 84 CLLC 14,069; *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; *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. e

REFERRED TO:

Assoc. of Engineers of Bell Canada v. Bell Canada f
(1976), 76 CLLC 469; [1976] 1 Can. L.R.R.B. 345; *Canada (Attorney General) v. Vincer*, [1988] 1 F.C. 714; (1987), 46 D.L.R. (4th) 165; 82 N.R. 352 (C.A.); *Canada (Attorney General) v. Sirois* (1988), 90 N.R. 39 (F.C.A.). g

COUNSEL:

Susan D. Coen for applicant.
Diane Pothier for Canada Labour Relations Board. h
Brian G. Johnston for Cape Breton Development Corp.

SOLICITORS:

Goldberg, MacDonald, Halifax, for applicant.
Patterson Kitz, Truro, Nova Scotia, for Canada Labour Relations Board. j
McInnes Cooper & Robertson, Halifax, for Cape Breton Development Corp.

JURISPRUDENCE

DÉCISION CONFIRMÉE:

Société de développement du Cap-Breton et Syndicat des Mineurs unis d'Amérique, district n° 26 et autres (1987), 72 di 73; 80 CLLC 14,020 (CCRT).

DÉCISIONS SUIVIES:

Alliance de la Fonction publique du Canada c. La Reine, [1984] 2 C.F. 889; (1984), 11 D.L.R. (4th) 387; 84 CLLC 10,054; 11 C.R.R. 97; 55 N.R. 285 (C.A.); conf. par [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.

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations du travail, [1984] 2 R.C.S. 412; 14 D.L.R. (4th) 457; (1984), 55 N.R. 321; 14 Admin. L.R. 72; 84 CLLC 14,069; *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; *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.

DÉCISIONS CITÉES:

L'Association des ingénieurs de Bell Canada c. Bell Canada (1976), 76 CLLC 469; [1976] 1 Can. L.R.B.R. 345; *Canada (Procureur général) c. Vincer*, [1988] 1 C.F. 714; (1987), 46 D.L.R. (4th) 165; 82 N.R. 352 (C.A.); *Canada (Procureur général) c. Sirois* (1988), 90 N.R. 39 (C.A.F.).

AVOCATS:

Susan D. Coen pour le requérant.
Diane Pothier pour le Conseil canadien des relations du travail.
Brian G. Johnston pour la Société de développement du Cap-Breton.

PROCUREURS:

Goldberg, MacDonald, Halifax, pour le requérant.
Patterson Kitz, Truro, Nouvelle-Écosse, pour le Conseil canadien des relations du travail.
McInnes Cooper & Robertson, Halifax, pour la Société de développement du Cap-Breton.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MARCEAU J.A.: I readily agree with my brother MacGuigan that this section 28 application cannot succeed.

First, I think, as he does, that there is no merit in the contention that, by declining to make a definite ruling as to the professional status of the nurses, the Board would have acted contrary to the directions of paragraph 125(3)(a) of its enabling statute and in a manner which amounted to a refusal to exercise its jurisdiction.¹ Once the Board had established that the 12 nurse employees, scattered throughout five locations, could not, in any event, form an appropriate bargaining unit, this issue of professional status had become purely academic and of no consequence. A pronouncement on it was completely useless.

Second, I see no merit either in the alternative 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]] argument. As I understand this argument, it is to the effect that, even assuming that the Board has acted in accordance with the "unless clause" in the second part of paragraph 125(3)(a) of the Code, its decision would nevertheless be without foundation, because that special clause would have to be declared inoperative as being in violation of para-

¹ I repeat for convenience paragraph 125(3)(a) of the *Canada Labour Code* [R.S.C. 1970, c. L-1 (as am. by S.C. 1972, c. 18, s. 1)]:

125. ...

(3) Where a trade union applies under section 124 for certification as the bargaining agent for a unit comprised of or including professional employees, the Board, subject to subsection (2),

(a) shall determine that the unit appropriate for collective bargaining is a unit comprised of only professional employees, unless such a unit would not otherwise be appropriate for collective bargaining;

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

LE JUGE MARCEAU, J.C.A.: Je souscris entièrement à la décision de mon collègue le juge MacGuigan selon lequel cette demande en vertu de l'article 28 doit être rejetée.

^a En premier lieu, je crois, comme lui, que n'est pas fondée la prétention selon laquelle le Conseil, en ne statuant pas définitivement sur le statut professionnel des infirmières, aurait agi en contra-
^bvention des prescriptions de l'alinéa 125(3)a) de la loi habilitante et d'une manière équivalant à un refus d'exercer sa compétence¹. Le Conseil ayant établi que les douze infirmières employées, éparpillées en cinq endroits, ne pouvaient pas, de toute façon, former une unité de négociation habile à négocier, la question du statut professionnel n'était plus que purement théorique et n'emportait aucune conséquence. Il était donc tout à fait inutile de se prononcer là-dessus.

^c En deuxième lieu, j'estime que l'autre argument tiré 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]] n'est pas fondé lui non plus. Le sens de cet argument me semble être le suivant: même à supposer que le Conseil ait agi conformément à la réserve énoncée dans la deuxième partie de l'alinéa 125(3)a) du Code, sa décision serait néanmoins dépourvue de fondement, parce que cette clause spéciale devrait être déclarée inopérante vu qu'elle viole l'alinéa 2d) et le paragraphe

¹ Par souci de commodité, je répète les dispositions de l'alinéa 125(3)a) du *Code canadien du travail* [S.R.C. 1970, chap. L-1 (mod. par S.C. 1972, chap. 18, art. 1)]:

125. ...

(3) Lorsqu'un syndicat demande, en vertu de l'article 124, son accréditation à titre d'agent négociateur d'une unité groupant ou comprenant des professionnels, le Conseil, sous réserve du paragraphe (2),

a) doit décider que l'unité habile à négocier collectivement est une unité groupant exclusivement des professionnels à moins qu'une telle unité ne soit pas pour d'autres raisons habile à négocier collectivement;

graph 2(d) and subsection 15(1) of the Charter.² If the argument were relevant, I would have, as indicated by my colleague, to remain consistent with the decision of this Court in *Public Service Alliance of Canada v. The Queen*, [1984] 2 F.C. 889. My opinion is definitely that neither the freedom of association of employees in the situation of the nurses here, nor their right of equality before the law, can in any way be infringed by a legal and *bona fide* application by the Board of paragraph 125(3)(a) of the Code as it now stands. But, in any event, I do not think that, in the present application, an argument to that effect was available to the applicant. This Court has in various cases taken the position that the particular nature of the recourse given by section 28 of the *Federal Court Act* [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10] did not allow for an attack on the constitutionality of the provisions of law the tribunal whose decision is under review is called upon to apply, the reason being that this Court has not been given the power to make a declaration of unconstitutionality or inoperativeness in disposing of such a recourse. (See *Canada (Attorney General) v. Sirois* (1988), 90 N.R. 39 (F.C.A.) and *Canada (Attorney General) v. Vincer*, [1988] 1 F.C. 714 (C.A.)).

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MACGUIGAN J.A.: This section 28 application is taken against a decision of the Canada Labour Relations Board ("CLRb" or "Board") [*Cape Breton Development Corporation and United Mine Workers of America, District No. 26, et al.* (1987), 72 di 73] dated September 30, 1987, with reasons dated November 27, 1987, by which the Board directed the revocation of the applicant's existing certification as bargaining agent for a bargaining unit composed of twelve registered nurses employed by the respondent DEVCO and

² The applicant Union, in its written representations, does not openly seek a declaration. But it clarified its position in that respect during the hearing. Obviously, since, at this point of the argument, it was assumed that the Board had acted in strict conformity with the applicable provision of its enabling statute, its decision could not be set aside on the basis of the Charter without a finding that the provision on which it was founded was inoperative.

15(1) de la Charte². Si l'argument était pertinent, je serais obligé, comme l'a indiqué mon collègue, de m'en tenir à la décision de cette Cour dans *Alliance de la Fonction publique du Canada c. La Reine*, [1984] 2 C.F. 889. J'émetts catégoriquement l'opinion que le Conseil, en appliquant conformément à la loi et de bonne foi les dispositions de l'alinéa 125(3)a) du Code sous sa forme actuelle, ne porte d'aucune façon atteinte à la liberté d'association d'employés dans un cas comme celui des infirmières en l'espèce, ou à leurs droits à l'égalité devant la loi. Mais, de toute façon, je ne crois pas que, dans la présente demande, le requérant puisse faire valoir un argument de cette nature. Cette Cour a dans diverses décisions émis l'avis que la nature particulière du recours prévu à l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* [S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10] ne permettait pas d'attaquer la constitutionnalité des dispositions dont devait connaître le tribunal qui a rendu la décision faisant l'objet de la révision, pour la raison que cette Cour n'est pas investie du pouvoir de déclarer celles-ci inconstitutionnelles ou inopérantes en statuant sur un tel recours. (Voir *Canada (Procureur général) c. Sirois* (1988), 90 N.R. 39 (C.A.F.) et *Canada (Procureur général) c. Vincer*, [1988] 1 C.F. 714 (C.A.)).

* * *

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

LE JUGE MACGUIGAN, J.C.A.: Cette demande, présentée en vertu de l'article 28, vise la décision du Conseil canadien des relations du travail («CCRT» ou «Conseil»). [*Société de développement du Cap-Breton et Syndicat des Mineurs unis d'Amérique, district n° 26 et autres* (1987), 72 di 73], en date du 30 septembre 1987, dont les motifs sont datés du 27 novembre 1987. Le Conseil y a décidé d'ordonner la révocation de l'accréditation existante du requérant à titre d'agent négociateur d'une unité de négociation comprenant douze infir-

² Le syndicat requérant, dans son argumentation écrite, ne demande pas franchement que soit prononcé un jugement déclaratoire. Mais il a clarifié sa position à cet égard au cours de l'audience. De toute évidence, puisqu'à ce point de l'argumentation, il a été supposé que le Conseil avait agi de façon rigoureusement conforme à la disposition applicable de sa loi habilitante, sa décision ne pourrait pas être annulée en application de la Charte sans que soit déclarée inopérante la disposition sur laquelle elle est fondée.

the integration of these nurses into a bargaining unit with the supervisory group of the respondent CUPE.

The applicant contended that the Board's denial to the nurses of certification as professional employees under subsection 125(3) of the *Canada Labour Code* ("Code") is a violation of the nurses' freedom of association guaranteed by paragraph 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and of their right of equality guaranteed by subsection 15(1) of the Charter.

The CLRB has the power under section 119 [as am. by S.C. 1972, c. 18, s. 1] of the Code to "review, rescind, amend, alter or vary" its original 1977 certification. Its power to determine appropriate bargaining units is found in sections 118 [as am. *idem*] and 125 of the Code, the relevant parts of which are as follows:

118. The Board has, in relation to any proceeding before it, power

(p) to decide for all purposes of this Part any question that may arise in the proceeding, including, without restricting the generality of the foregoing, any question as to whether

(v) a group of employees is a unit appropriate for collective bargaining,

125. (1) Where a trade union applies under section 124 for certification as the bargaining agent for a unit that the trade union considers appropriate for collective bargaining, the Board shall determine the unit that, in the opinion of the Board, is appropriate for collective bargaining.

(2) In determining whether a unit constitutes a unit that is appropriate for collective bargaining, the Board may include any employees in or exclude any employees from the unit proposed by the trade union.

(3) Where a trade union applies under section 124 for certification as the bargaining agent for a unit comprised of or including professional employees, the Board, subject to subsection (2),

(a) shall determine that the unit appropriate for collective bargaining is a unit comprised of only professional employees, unless such a unit would not otherwise be appropriate for collective bargaining;

(b) may determine that professional employees of more than one profession be included in the unit; and

(c) may determine that employees performing the functions, but lacking the qualifications of a professional employee, be included in the unit.

mières diplômées travaillant pour l'intimée DEVCO, et l'incorporation de ces infirmières dans une unité de négociation formée du groupe des surveillants de l'intimé SCFP.

^a Le requérant a prétendu que le refus du Conseil d'accorder aux infirmières l'accréditation à l'égard d'une unité formée de professionnels en application du paragraphe 125(3) du *Code canadien du travail* («Code») viole la liberté d'association des infirmières garantie par l'alinéa 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ainsi que leurs droits à l'égalité que leur garantit le paragraphe 15(1) de la Charte.

^c L'article 119 [mod. par S.C. 1972, chap. 18, art. 1] du Code habilite le CCRT à «réviser, annuler ou modifier» l'accréditation qu'il avait accordée en 1977. Il est investi du pouvoir de déterminer si une unité est habile à négocier collectivement aux termes des articles 118 [mod., *idem*] et 125 du Code, dont les dispositions pertinentes sont ainsi conçues:

118. Le Conseil a, relativement à toute procédure engagée devant lui, pouvoir

p) de trancher à toutes fins afférentes à la présente Partie toute question qui peut se poser, à l'occasion de la procédure, notamment, et sans restreindre la portée générale de ce qui précède, la question de savoir

(v) si un groupe d'employés est une unité habile à négocier collectivement,

^g **125.** (1) Lorsqu'un syndicat demande, en vertu de l'article 124, son accréditation à titre d'agent négociateur d'une unité qu'il estime habile à négocier collectivement, le Conseil doit déterminer quelle est, à son avis, l'unité habile à négocier collectivement.

^h (2) Pour déterminer si une unité est une unité habile à négocier collectivement, le Conseil peut inclure des employés dans l'unité proposée par le syndicat ou en exclure des employés.

ⁱ (3) Lorsqu'un syndicat demande, en vertu de l'article 124, son accréditation à titre d'agent négociateur d'une unité groupant ou comprenant des professionnels, le Conseil, sous réserve du paragraphe (2),

a) doit décider que l'unité habile à négocier collectivement est une unité groupant exclusivement des professionnels à moins qu'une telle unité ne soit pas pour d'autres raisons habile à négocier collectivement;

^j b) peut décider que des professionnels appartenant à plus d'une profession soient inclus dans l'unité; et

c) peut décider que des personnes exerçant les fonctions d'un professionnel mais auxquelles il manque les qualités requises d'un professionnel soient incluses dans l'unité.

Under the predecessor legislation, the *Industrial Relations and Disputes Investigation Act* [R.S.C. 1952, c. 152], all professionals were excluded from the definition of employee, but with the new Part V of the Code in 1972 (S.C. 1972, c. 18) the exclusion of professionals was removed, and Parliament enacted in paragraph 125(3)(a) what the Board has called “a clear legislative preference for units comprising only professional employees”: *Assoc. of Engineers of Bell Canada v. Bell Canada* (1976), 76 CLLC 469, at page 473, Professional employees are defined in section 107 [as am. by S.C. 1972, c. 18, s. 1] of the Code, but nothing turns on that definition in the present case.

The heart of the CLRB decision in this case is as follows, at pages 91-93:

After considering all of the information before it, the Board released the following decision regarding the NSNU bargaining unit on September 30, 1987:

“The Nurses’ unit is to be integrated with the supervisory unit represented by CUPE. In making this determination, the Board found that a unit comprising only twelve persons was simply not appropriate in an industrial setting of some 3,000 employees. In arriving at this conclusion, the Board panel declined to make a ruling as to whether Registered Nurses are professional employees within the meaning of the Code, as it found that this issue was academic in view of the circumstances which prevail at Devco.”

The reasons for this decision have more to do with appropriateness than with professional employee status under the Code. Clearly, the Board has a discretion under section 125(3) to find that a bargaining unit of professional employees is not, on its own, appropriate for collective bargaining. Keeping in mind that the purpose of this whole exercise was to rationalize all of the bargaining unit structures at Devco’s Coal Division, the Board asked itself the obvious questions. Even if these twelve nurses were found to be professional employees within the meaning of the Code, are they in the circumstances before us, appropriate for collective bargaining as a separate bargaining unit?

Aside from the purported professional status, was there anything about this small group of employees that justified separate bargaining rights, separate right to strike, separate contract administration, and separate conditions of employment? Since this review commenced in January 1987, eight other bargaining units had lost their separate bargaining rights. Most of those units had existed at Devco or its predecessors for many years before the nurses unit came into existence in 1977. All of those units were larger than the nurses unit and most of them,

Antérieurement, sous le régime de la *Loi sur les relations industrielles et sur les enquêtes visant les différends du travail* [S.R.C. 1952, chap. 152], tous les professionnels étaient exclus de la définition de l’employé, mais dans la nouvelle Partie V du Code adoptée en 1972 (S.C. 1972, chap. 18), l’exclusion des professionnels a été abolie et le Parlement a promulgué l’alinéa 125(3)a qui traduit ce que le Conseil a appelé [TRADUCTION] «la préférence marquée du législateur pour les unités formées exclusivement de professionnels»: *L’Association des ingénieurs de Bell Canada c. Bell Canada* (1976), 76 CLLC 469, à la page 473. L’article 107 [mod. par S.C. 1972, chap. 18, art. 1] du Code contient la définition du terme «professionnel[s]», mais celle-ci n’a pas d’incidence sur l’issue de l’espèce.

Voici les points essentiels de la décision du d CCRT qui nous occupe, aux pages 91 à 93:

Après avoir examiné tous les renseignements mis à sa disposition, le Conseil a rendu, le 30 septembre 1987, la décision suivante concernant l’unité de négociation représentée par le SINE:

«L’unité regroupant les infirmières doit être intégrée dans l’unité représentée par le SCFP dont les superviseurs sont membres. En tirant cette conclusion, le Conseil a jugé qu’une unité ne comprenant que 12 personnes n’est tout simplement pas habile à négocier collectivement dans un milieu industriel où travaillent plus de 3 000 employés. Il a également refusé de statuer (traduction) sur la question de savoir si les infirmières diplômées sont des professionnelles au sens du Code, car à son avis, il s’agissait d’une question n’ayant aucun intérêt pratique, compte tenu des conditions existant à la SDCB.»

Les motifs de la présente décision se rapportent davantage à la question de l’habilité à négocier collectivement qu’à celle du statut professionnel au sens du Code. Le Conseil a évidemment le pouvoir discrétionnaire, en vertu du paragraphe 125(3), de conclure qu’une unité de négociation regroupant des professionnels n’est pas à elle seule habile à négocier collectivement. Étant donné que l’objectif visé est celui de rationaliser toute la structure des unités de négociation au sein de la Division des charbonnages de la SDCB, le Conseil s’est posé les questions d’usage. Même s’il était jugé que ces 12 infirmières étaient des professionnelles au sens du Code, peuvent-elles, compte tenu des circonstances, former une unité distincte aux fins de la négociation collective?

i Indépendamment de la question du statut professionnel, y avait-il quelque chose qui justifie d’accorder à ce petit groupe d’employés des droits de négociation distincts, un droit de grève distinct, une gestion de contrat distincte et des conditions de travail distinctes? Depuis que cette révision a commencé en janvier 1987, huit autres unités de négociation ont perdu leurs droits de négociation distincts. La plupart de ces unités existaient depuis de nombreuses années à la SDCB ou chez les prédécesseurs de celle-ci, avant que l’unité regroupant les infir-

like the nurses, could be identified by the specialized skills and knowledge applied by the specific group of employees. Having eliminated those separate bargaining units as no longer being appropriate for collective bargaining in Devco's industrial setting, the Board searched to see if there was something to justify the existence of this small nurses unit. The unanimous answer of the Board was that there was nothing. Certainly, the emphasis by the NSNU about the neutrality of the nurses and the need for confidentiality did not convince us that the NSNU was the only trade union that was capable of representing the nurses at Devco. No matter how the Board viewed the situation, the answer was that a 12-person bargaining unit, and particularly one where the 12 members are scattered across the employer's operations, is simply not appropriate for collective bargaining in an industrial milieu of 3 400 employees.

For those reasons, the Board decided that it was unnecessary to answer the question raised by the NSNU about the "professional employee" status of Registered Nurses under the Code. Before leaving this topic though we would like to point out that this panel of the Board agrees with Devco's submission about Parliament's intentions when it enacted section 125(3). There can be little doubt that Parliament was responding to the pressures of the day in 1973 to extend collective bargaining privileges to professional groups who were therefore excluded from the Code. With that in mind, we concur with Devco's submission that section 125(3) is an anomaly within the overall scheme of the Code and that the Board should give this section a restrictive interpretation to ensure that it is not used to circumvent all of the established rules and criteria normally applicable to the appropriateness of bargaining units. Before extending the benefits of section 125(3), the Board must be convinced that those seeking the advantages of the section are truly professional employees within the meaning and intent of the legislation and also that they are in fact practising their profession at the given time.

Under section 122 [as am. by S.C. 1972, c. 18, s. 1; 1977-78, c. 27, s. 43] of the Code decisions or orders of the Board may be reviewed only in accordance with paragraph 28(1)(a) of the *Federal Court Act*.

A preliminary issue arose as to whether the Board declined jurisdiction by refusing to apply paragraph 125(3)(a) of its statute. The applicant argued that, on the basis of the "clear legislative preference for units comprising only professional employees" adopted by the Board in the *Bell Canada* case, *supra*, the Board must first make a decision as to professional status, which it failed to do. Moreover, it urged that no finding of inappropriateness as a bargaining unit could be made solely on the basis of the numerical size of the unit, since that would be to employ a standard appropri-

mières soit établie en 1977. Toutes ces unités étaient plus grosses que l'unité dont les infirmières faisaient partie et la plupart d'entre elles, comme les infirmières, pouvaient être reconnues par les connaissances et compétences spéciales que possédait le groupe d'employés en cause. Ayant jugé que ces unités distinctes n'étaient plus habiles à négocier collectivement dans le contexte industriel de la SDCB, le Conseil s'est demandé quelle était la raison d'être de l'unité regroupant les infirmières. Il a conclu à l'unanimité qu'il n'y en avait pas. Le fait que le SINE a mis l'accent sur la neutralité des infirmières et sur la nécessité d'assurer le caractère confidentiel ne nous a certainement pas convaincus qu'il était le seul syndicat en mesure de représenter les infirmières à la SDCB. Quelle que soit la manière dont le Conseil envisageait la situation, il reste qu'une unité de négociation regroupant 12 personnes, et en particulier une unité dont les 12 membres sont dispersés dans les diverses installations de l'employeur, n'est tout simplement pas habile à négocier collectivement dans un milieu industriel de 3 400 employés.

Pour ces motifs, le Conseil a décidé qu'il était inutile de répondre à la question soulevée par le SINE quant au statut «professionnel» des infirmières diplômées. Cependant, nous aimerions en dernier lieu souligner que le présent quorum du Conseil souscrit à l'argument qu'a invoqué la SDCB relativement à l'intention qu'avait le Parlement en adoptant le paragraphe 125(3). Sans aucun doute, celui-ci répondait aux pressions exercées en 1973 en vue d'étendre le droit de négocier collectivement aux groupes de professionnels qui avaient jusqu'alors été exclus. Cela étant, nous souscrivons à l'argument de la SDCB que le paragraphe 125(3) constitue une anomalie dans le contexte général du Code et que le Conseil devrait donner à cet article une interprétation restrictive de façon qu'il ne soit pas utilisé afin de déjouer toutes les règles et tous les critères s'appliquant normalement lorsqu'il s'agit de déterminer si une unité est habile à négocier collectivement. Aux fins de l'application du paragraphe 125(3), le Conseil doit être convaincu que ceux qui cherchent à bénéficier des dispositions dudit paragraphe sont vraiment des professionnels au sens du Code et qu'ils exercent en fait leur profession au moment pertinent.

Aux termes de l'article 122 [mod. par S.C. 1972, chap. 18, art. 1; 1977-78, chap. 27, art. 43] du Code, les décisions ou ordonnances du Conseil ne peuvent être révisées qu'en application de l'alinéa 28(1)a) de la *Loi sur la Cour fédérale*.

On a fait valoir un moyen déclinatoire à l'égard de la décision du Conseil de refuser d'appliquer les dispositions de l'alinéa 125(3)a) de la loi habilitante. Suivant l'argument du requérant, étant donné le point de vue exprimé par le Conseil dans l'affaire *Bell Canada* précitée au sujet de la «préférence marquée du législateur pour les unités formées exclusivement de professionnels», celui-ci doit d'abord se prononcer sur la question du statut professionnel, ce qu'il n'a pas fait. Au surplus, il a fait valoir l'argument selon lequel la décision concluant à l'inhabilité à négocier de l'unité de négo-

ate under subsection 125(1) but not under subsection 125(3).

As I read the CLRB decision, it did not purport to find a separate bargaining unit inappropriate solely because of numbers, and certainly not because of “mere numbers”. It seems to me that the Board saw the numbers (12 in 3,400) as so disproportionate as to be a qualitative rather than just a quantitative difference. In addition, the Board also thought it relevant that the twelve nurses were scattered throughout five locations, with no more than three at any location. To my mind, moreover, even a decision in terms of mere numbers would not be an error in law, because there is no statutory requirement that the factors considered under subsection 125(3) should be different from those taken into account under subsection 125(1). Both are left to the discretion of the Board. Finally, even if the Board had committed an error of law, such an error would appear to be within the Board’s jurisdiction and indeed close to the very core of the Board’s expertise. It would be a “mere” error of law, not a “patently unreasonable” one that would be subject to judicial review: *Syndicat des employés de production du Québec et de l’Acadie v. Canada Labour Relations Board*, [1984] 2 S.C.R. 412.

In my view what the CLRB held was that it was unnecessary for it to decide the professional employee status of registered nurses under the Code because the unit in question in this instance, even if composed of professional employees, would not otherwise be appropriate for collective bargaining. It is true that the Board muddied the waters somewhat by its digression “Before leaving this topic” and particularly by the sentence beginning “Before extending the benefits of section 125(3)”. However, I interpret “the benefits of section 125(3)” as referring to the principal clause in paragraph (a) of that subsection and not to the whole of that paragraph. The Board was, I believe,

ciation ne doit pas reposer uniquement sur le nombre de membres qui la composent, car il s’agit là d’un critère qui convient dans le cas du paragraphe 125(1) mais non dans celui du paragraphe 125(3).

Selon mon interprétation de la décision du CCRT, celui-ci n’a pas jugé que l’unité de négociation distincte était inhabile uniquement en raison du nombre de ses membres, et certainement pas en fonction d’un «simple facteur numérique». Il me semble que le Conseil a estimé que le nombre (12 sur 3 400) était disproportionné au point de représenter une différence qualitative plutôt que simplement quantitative. En outre, le Conseil a également estimé pertinent le fait que les douze infirmières soient éparpillées en cinq endroits, trois au maximum étant réunies au même endroit. Par surcroît, même une décision fondée uniquement sur un facteur numérique, à mon sens, ne constituerait pas une erreur de droit, parce que la loi n’exige pas que les facteurs pris en considération en application du paragraphe 125(3) soient différents de ceux dont on tient compte sous le régime du paragraphe 125(1). Dans un cas comme dans l’autre, ils sont laissés à l’appréciation du Conseil. Enfin, le Conseil eût-il commis une erreur de droit, cette erreur semblerait relever de la compétence du Conseil et de fait se rattacher à l’essence même de la sphère d’attributions du Conseil. Elle constituerait une «simple» erreur de droit et non une erreur «manifestement déraisonnable» au point d’exiger une intervention judiciaire: *Syndicat des employés de production du Québec et de l’Acadie c. Conseil canadien des relations du travail*, [1984] 2 R.C.S. 412.

À mon avis, ce que le CCRT a décidé, c’est qu’il n’était pas nécessaire de se prononcer sur le statut d’employées professionnelles des infirmières diplômées, en application du Code, parce que l’unité en question dans cette affaire, même si elle se composait de professionnels, n’était pas pour d’autres raisons habile à négocier collectivement. Il est vrai que le Conseil a quelque peu embrouillé la question par une digression «Nous aimerions en dernier lieu et en particulier par la phrase qui commence par les mots «Aux fins de l’application du paragraphe 125(3)». Toutefois, j’interprète les mots «l’application du paragraphe 125(3)» comme renvoyant aux dispositions principales de l’alinéa a) de ce

merely following the judicial tradition of “assuming without deciding” with respect to professional status. That it was entitled to do within its jurisdiction.

Paragraph 2(d) of the Charter reads as follows:

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

(d) freedom of association.

The applicant argued that this provision of the Charter guarantees the freedom to join a union, which is merely a particular “association group” and to pursue the collective interests of its membership. In the case at bar the nurses had previously joined a union and formed a bargaining unit approved by the CLRB, through which they successfully pursued their collective interests for a decade: by depriving them of own bargaining unit, the Board had infringed the freedom of the nurses to associate with other nurses.

The leading cases on the freedom of association in relation to labour relations are two Supreme Court of Canada decisions announced on the same day: *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; and *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424. In those cases three of the six participating judges held that the guarantee of freedom of association in paragraph 2(d) of the Charter does not include a guarantee either of the right to bargain collectively or of the right to strike, two judges held that it included both guarantees, and the sixth held that it did not include a guarantee of the right to strike (which was all that was necessary for decision in those cases) but left open the possibility that other aspects of collective bargaining may be Charter-protected. It would therefore appear that, on the law as decided by the Supreme Court of Canada, the issue in the case at bar is open.

However, the issue has already been decided in this Court in *Public Service Alliance of Canada v. The Queen*, [1984] 2 F.C. 889, the case from which the appeal was taken to the Supreme Court

paragraphe et non pas à l'ensemble de celui-ci. Je crois que le Conseil suivait simplement la tradition des tribunaux de «supposer sans statuer» pour ce qui est de la question du statut professionnel.

a C'était là son droit dans l'exercice de sa compétence.

L'alinéa 2d) de la Charte est ainsi libellé:

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

b

d) liberté d'association.

Le requérant a soutenu que cette disposition de la Charte garantit la liberté d'adhésion à un syndicat, lequel constitue simplement une «association» particulière, et le droit de défendre les intérêts collectifs des membres de celle-ci. En l'espèce, les infirmières s'étaient déjà inscrites à un syndicat et formaient une unité de négociation approuvée par le CCRT, grâce à laquelle elles ont défendu avec succès leurs intérêts collectifs pendant dix ans. En les privant de leur propre unité de négociation, le CCRT a violé la liberté des infirmières de s'associer à d'autres infirmières.

e Les précédents qui font autorité relativement à la liberté d'association dans le domaine des relations de travail sont deux arrêts de la Cour suprême du Canada, rendus le même jour: *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; et *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424. Dans ces affaires, trois des six juges ont décidé que la liberté d'association garantie par l'alinéa 2d) de la Charte n'inclut aucune garantie du droit de négocier collectivement ou de faire la grève; deux juges ont émis l'opinion qu'elle incluait les deux garanties; le sixième a décidé qu'elle n'incluait pas le droit de faire la grève, (seul point sur lequel il était nécessaire de statuer dans ces affaires) mais il a laissé entendre qu'il était possible que sous d'autres aspects la négociation collective puisse bénéficier de la protection de la Charte. Il semble donc que, dans l'état actuel du droit, suivant les arrêts de la Cour suprême du Canada, la question en litige dans le cas qui nous occupe n'ait pas encore été tranchée.

Toutefois, cette Cour a déjà statué sur la question dans *Alliance de la Fonction publique du Canada c. La Reine*, [1984] 2 C.F. 889, décision portée en appel devant la Cour suprême dans le

in its second decision above. In that case Mahoney J.A. said, at page 895 F.C.:

I do not think it desirable to attempt to catalogue the rights and immunities inherent in a trade union's guaranteed freedom of association. Clearly, collective bargaining is, or should be, the primary means by which organized labour expects to attain its principal object: the economic betterment of its membership. However fundamental, it remains a means and, as such, the right to bargain collectively is not guaranteed by paragraph 2(d) of the Charter

Marceau J.A. in his concurring reasons took the same point of view. Since the appeal from this Court was dismissed by the Supreme Court, with three of the six judges taking the same view of the law as this Court, I believe I continue to be bound by this Court's decision. The applicant's argument on this question must therefore fail, since any right to belong to specific bargaining units is dependent upon the status of the right to collective bargaining itself.

In the circumstances no issue arises as to section 1 in relation to the freedom of association.

The applicant further argued that the twelve nursing employees were discriminated against in violation of subsection 15(1) of the Charter, which reads as follows:

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

The only authoritative interpretation of this subsection is that in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, in which McIntyre J. on this point expressed the opinion of a unanimous Supreme Court, at pages 174-175:

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.

second arrêt précité. Dans cette affaire, le juge Mahoney, J.C.A., a dit ceci, à la page 895 C.F.:

Je ne crois pas qu'il soit souhaitable de tenter de cataloguer les droits et immunités inhérents à la liberté d'association, garantie d'un syndicat. De toute évidence, la négociation collective est ou devrait être le principal moyen par lequel un syndicat organisé entend atteindre son principal objectif: l'amélioration économique de ses membres. Aussi fondamental que soit ce moyen cependant, il demeure un moyen et à ce titre, le droit de négocier collectivement n'est pas garanti par l'alinéa 2d) de la Charte

Le juge Marceau, J.C.A., a souscrit à cette opinion dans ses motifs concourants. Puisque la Cour suprême a rejeté le pourvoi contre la décision de cette Cour, trois des six juges émettant la même opinion que cette Cour sur l'état du droit, j'estime que je continue d'être lié par la décision de cette Cour. L'argument du requérant sur cette question peut donc être rejeté, puisque le droit d'appartenir à une unité de négociation donnée est subordonné à la validité du droit de négocier collectivement lui-même.

Vu les circonstances, il n'y a pas lieu de trancher de question touchant l'application de l'article premier par rapport à la liberté d'association.

Le requérant a prétendu en outre que les douze infirmières employées ont été victimes de discrimination en contravention du paragraphe 15(1) de la Charte, dont voici le texte:

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 seule interprétation donnée de ce paragraphe, faisant autorité, se trouve dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, dans lequel le juge McIntyre a exprimé sur ce point l'opinion émise par la Cour suprême à l'unanimité, aux pages 174 et 175:

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.

This test requires (1) a distinction based on grounds relating to the personal characteristics of the group (2) which has the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages on the group or limiting its access to opportunities, benefits and advantages available to other groups.

In the case at bar the nursing employees suffered from no discrimination in relation to their personal characteristics and had neither disadvantages nor loss of advantages in comparison with other groups. All professional groups are treated in the same way under paragraph 125(3)(a) of the Code, including being subject to the same "unless" clause. This is thus, in McIntyre J.'s terminology, a distinction based on the capacity of the group.

The applicant attempted to make much of the alleged fact that the nurses have, merely because of their numbers, been stripped of their bargaining unit status and the opportunity to establish themselves as an independent bargaining unit under paragraph 125(3)(a). Presumably this would be discrimination under the paragraph as applied rather than as written. But I have already expressed the view that the CLRB did not base its decision upon "mere numbers". However, even if it had, it would not even constitute an error of law under the Code, let alone an act of discrimination under the *Andrews* test.

Since the applicant's challenge under subsection 15(1) fails, no issue arises under section 1.

It should finally be noted that none of the parties in this case made any argument to the Court in relation to the appropriateness of a challenge to constitutional jurisdiction on a section 28 application, rather than through an action for a declaration, so that it is unnecessary to address this issue.

The section 28 application should accordingly be dismissed.

HEALD J.A.: I agree.

Ce critère suppose (1) une distinction fondée sur des motifs relatifs aux caractéristiques personnelles du groupe, (2) qui a pour effet d'imposer à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres groupes.

En l'espèce, les infirmières n'ont été l'objet d'aucune discrimination reliée à leurs caractéristiques personnelles et n'ont subi aucun désavantage ou perte d'avantages par rapport à d'autres groupes. Tous les groupes de professionnels sont traités sur un pied d'égalité sous le régime de l'alinéa 125(3)a) du Code, y compris sur le plan de la réserve qui y est énoncée. Il s'agit par conséquent, pour citer les propos du juge McIntyre, d'une distinction fondée sur la capacité du groupe.

Le requérant a tenté d'arguer du fait allégué que les infirmières ont été, simplement en raison de leur nombre, dépouillées de leur droit de former une unité de négociation et de la possibilité de constituer une unité de négociation indépendante en vertu de l'alinéa 125(3)a). Il s'agirait vraisemblablement d'une discrimination dans l'application de l'alinéa plutôt que suivant sa teneur. Mais j'ai déjà émis l'avis que le CCRT n'a pas fondé sa décision sur un «simple facteur numérique». Même s'il l'avait fait, cependant, cela ne constituerait même pas une erreur de droit dans l'application du Code, et encore moins d'un acte discriminatoire selon le critère énoncé dans l'arrêt *Andrews*.

Puisque la contestation du requérant en vertu du paragraphe 15(1) n'est pas fondée, aucune question ne doit être tranchée en application de l'article premier.

Il convient enfin de noter qu'aucune des parties dans cette affaire n'a présenté à la Cour d'argument relatif à l'opportunité d'une contestation de la compétence sur le plan constitutionnel dans le contexte d'une demande fondée sur l'article 28, plutôt qu'au moyen d'une demande de jugement déclaratoire; c'est pourquoi il n'est pas nécessaire d'examiner cette question.

Il ne devrait en conséquence pas être fait droit à cette demande fondée sur l'article 28.

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

T-895-88

T-895-88

Information Commissioner of Canada (*Applicant*)**Le Commissaire à l'information du Canada (*requérant*)**

v.

a c.

Minister of External Affairs and Third Party (*Respondents*)**Le ministre des Affaires extérieures et un tiers (*intimés*)***INDEXED AS: CANADA (INFORMATION COMMISSIONER) v. CANADA (MINISTER OF EXTERNAL AFFAIRS) (T.D.)**RÉPERTORIÉ: CANADA (COMMISSAIRE À L'INFORMATION) c. CANADA (MINISTRE DES AFFAIRES EXTÉRIEURES) (1^{re} INST.)*

Trial Division, Denault J.—Ottawa, March 21 and July 5, 1990.

Section de première instance, juge Denault—Ottawa, 21 mars et 5 juillet 1990.

Access to information — Application to set aside refusal to comply with Commissioner's recommendation to release information as to largest single annual import quota of foreign cheese — Application denied — Information exempted under Access to Information Act, s. 20(1)(b) and (c) — Four criteria required by s. 20(1)(b) satisfied — Reasonable expectation of probable harm established satisfying requirement for exemption under s. 20(1)(c).

Accès à l'information — Demande d'annulation du refus d'accéder à la recommandation du Commissaire de révéler le quota annuel et individuel le plus élevé d'importation de fromage étranger — Rejet de la demande — Renseignements exemptés en vertu de l'art. 20(1)(b) et c) de la Loi sur l'accès à l'information — Respect des quatre critères exigés à l'art. 20(1)(b) — L'établissement d'un risque vraisemblable de préjudice probable satisfait aux exigences de l'exception visée à l'art. 20(1)(c).

This was an application to review the Department's refusal to comply with a request for information, specifically the amount in kilograms of the largest single annual import quota of foreign cheese allocated to a firm or individual in 1985. The request was refused on the ground that the information was confidential financial or commercial information between the Department and a third party exempted from disclosure under *Access to Information Act* paragraph 20(1)(b), or information the disclosure of which could prejudice the third party under paragraph 20(1)(c). The import quotas on foreign cheese given to Canadian firms have not been released by government in the past. Such quotas are determined on the basis of the importer's percentage of the cheese import business in 1973 and 1974. The third party took the position that the information was also exempted under paragraph 20(1)(d) as information the disclosure of which could reasonably be expected to interfere with its contractual negotiations. The Commissioner maintained that the exemption was not justified and recommended release of the information. The issue was whether the information fell within the statutory exemptions.

Il s'agit d'une demande de révision du refus du Ministère d'accéder à une demande de renseignements, à savoir le poids en kilogrammes du quota annuel et individuel le plus élevé d'importation de fromage étranger attribué à une entreprise ou à un particulier en 1985. La demande a été rejetée au motif que les renseignements recherchés étaient des renseignements financiers ou commerciaux fournis à un ministre par un tiers exemptés de communication en vertu de l'alinéa 20(1)(b) de la *Loi sur l'accès à l'information*, ou des renseignements dont la divulgation nuirait à un tiers en vertu de l'alinéa 20(1)(c). Les quotas d'importation de fromages étrangers assignés à des sociétés canadiennes n'ont pas été rendus publics par le gouvernement dans le passé. Ces quotas se fondent sur le pourcentage de l'importation globale de fromage que représentait chaque importateur en 1973 et en 1974. Le tiers a soutenu que les renseignements échappaient à la divulgation en vertu de l'alinéa 20(1)(d) parce qu'il s'agissait de renseignements qui risqueraient vraisemblablement d'entraver les négociations menées par lui en vue de contrats. Le Commissaire a soutenu que l'exception n'était pas justifiée et il a recommandé la divulgation des renseignements. La question était de savoir si les renseignements font partie des exceptions prévues par la loi.

Held, the application should be denied.

Jugement: la demande devrait être rejetée.

The information was exempted from disclosure under paragraphs 20(1)(b) and (c). The four criteria that must be met for information to be exempted under paragraph 20(1)(b) are that it be: (1) financial, commercial, scientific or technical, (2) confidential, (3) supplied to a government institution by a third party, and (4) treated consistently in a confidential manner by the third party.

Les renseignements échappaient à la divulgation en vertu des alinéas 20(1)(b) et c). Pour échapper à la divulgation en vertu de l'alinéa 20(1)(b), les renseignements doivent respecter les quatre critères suivants, c'est-à-dire qu'il doit s'agir: 1) de renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques, 2) de nature confidentielle, 3) fournis à une institution fédérale par un tiers 4) et qui sont traités comme tels de façon constante par le tiers.

(1) The quota figure is commercial information, in even the strictest meaning of that term. The illicit offer received by the third party for the sale or long-term rental of unused portions of its quota support this finding.

1) Le poids relatif aux quotas est un renseignement commercial, même au sens le plus restreint du mot. L'offre illicite qui a été faite au tiers en vue de la vente ou de la location à long terme de la partie inutilisée de son quota appuie cette conclusion.

(2) The information was confidential. Whether information is confidential depends upon its content, purposes and the circumstances in which it is communicated and compiled, i.e. the information is not otherwise accessible by the public, it was communicated in a reasonable expectation that it would not be disclosed and in a relationship that is either fiduciary or not contrary to the public interest. The quota amount was not otherwise accessible to the public. Also, the information provided to the Government upon which all initial and subsequent quotas were established was communicated in a reasonable expectation of confidence that it would not be disclosed. The Commissioner's argument, that the public interest does not require confidentiality in that the quota system itself provides incentive for the third party to report its imports annually, could not be accepted. The public interest in fostering confidential relationships is merely an indicator, not a condition of confidentiality and there is a public interest in maintaining the confidentiality of this relationship. An undertaking had been given that the information would be kept confidential. There is a public interest in ensuring Government act in good faith regarding confidential information that is received by it. The Government may not always be bound by its undertaking to act in confidence, but paragraph 20(1)(b) requires it to consider itself bound by its undertakings to act confidentially in respect of financial, commercial, scientific or technical information, whenever the party to whom the undertaking was given has consistently treated the information as confidential. This rule holds true whether the undertaking was given before or after the coming into force of the *Access to Information Act*. To hold that undertakings of confidentiality are nullified by the Act would be to give it a dogmatic interpretation rather than a rational one—an interpretation which the law resists. Also, similar relationships with other importers are being maintained confidential, and in these circumstances disclosure of the information would amount to an unfair market intervention by Government.

(3) The Commissioner argued that the information provided in 1975 is not the information that is now being sought, therefore the information is not information "supplied to a government institution by a third party". The fact, however, is that large quota holders have been able to retain their quotas and shares of the market at a constant level since 1975 and these quotas were based on confidential information of the importers' imports in 1973 and 1974. Neither the information originally received by the Government nor any of the quota allocations subsequently deduced therefrom have ever been communicated to the public. The third party's share of the total quota has remained unchanged from 1975 and thus the disclosure of its quota allocation in any given year would be as harmful as the release of its original or present allocation. The information sought and the information provided in 1975 by the third party is essentially the same, and the disclosure of either would amount to a breach of paragraph 20(1)(b).

(4) The third party itself has consistently treated the information sought in a confidential manner. The affidavit evidence was to the effect that all importers guard their quota allocation

2) Les renseignements sont confidentiels. Le caractère confidentiel des renseignements dépend de leur contenu, de leur objet et des circonstances entourant leur préparation et leur communication, c'est-à-dire qu'ils ne doivent pas être par ailleurs accessibles au public, qu'ils doivent avoir été transmis confidentiellement avec l'assurance raisonnable qu'ils ne seront pas divulgués et dans le cadre d'une relation de confiance ou qui n'est pas contraire à l'intérêt public. Le poids du quota n'était pas par ailleurs accessible au public. De plus, les renseignements fournis au gouvernement et en fonction desquels tous les quotas initiaux et subséquents ont été établis, ont été communiqués dans l'attente raisonnable qu'on les tiendrait confidentiels. L'argument du Commissaire, selon lequel l'intérêt public n'exige pas de tenir les renseignements confidentiels parce que le système de contingentement incite le tiers à déclarer annuellement ses importations, ne saurait être accueilli. L'intérêt public qu'il y a à encourager les rapports confidentiels est simplement un indicateur et non une condition de la confidentialité, et il est dans l'intérêt général de préserver le caractère confidentiel des rapports concernés. On avait promis que les renseignements resteraient confidentiels. Il est dans l'intérêt public de s'assurer que le gouvernement agisse de bonne foi et qu'il préserve le caractère confidentiel des renseignements qui lui sont confiés. Le gouvernement peut ne pas être toujours lié par son engagement à agir confidentiellement, mais l'alinéa 20(1)(b) exige qu'il se considère lié par son engagement à préserver le caractère confidentiel des renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques que lui a confiés un tiers chaque fois que ce dernier a traité ces renseignements comme confidentiels de façon constante. Cette règle s'applique, que l'engagement ait été pris avant ou après l'entrée en vigueur de la *Loi sur l'accès à l'information*. Conclure que les promesses de respecter le caractère confidentiel des renseignements sont totalement dépourvues de valeur étant donné la Loi, c'est donner à celle-ci une interprétation dogmatique plutôt que rationnelle, et partant, une interprétation qui répugne au droit. De plus, d'autres rapports semblables avec d'autres importateurs restent confidentiels, et dans ces circonstances, la divulgation des renseignements recherchés équivaudrait à une intervention injuste dans le marché de la part du gouvernement.

3) Le Commissaire a soutenu que les renseignements fournis en 1975 n'étaient pas ceux qui sont recherchés en l'espèce, et que par conséquent il ne sont pas des renseignements «fournis à une institution fédérale par un tiers». Le fait est, cependant, que les titulaires de quotas importants ont pu maintenir leurs quotas et leur part du marché à un niveau constant depuis 1975, et que ces quotas étaient fondés sur des renseignements confidentiels en 1973 et 1974. Ni les renseignements reçus à l'origine par le gouvernement ni aucune des allocations de quotas auxquelles ces renseignements ont donné lieu par la suite, ont jamais été communiqués au public. La part du tiers du quota total est restée inchangée depuis 1975, de sorte que la divulgation du quota qui lui a été attribué au cours d'une année donné serait aussi préjudiciable que la communication de son allocation originale ou actuelle. Les renseignements recherchés et les renseignements fournis par le tiers en 1975 sont essentiellement les mêmes renseignements, et la divulgation des uns ou des autres équivaudrait à la violation de l'alinéa 20(1)(b).

4) Le tiers a lui-même traité les renseignements recherchés de façon constante comme étant confidentiels. L'affidavit déposé établit que tous les importateurs gardent jalousement

figures jealously, this information being considered extremely sensitive.

Under paragraph 20(1)(c) the party resisting disclosure is required to adduce evidence of harm that could reasonably be expected to be caused by disclosure. Given the nature of the information sought, its potential uses and the great confidence with which it had been guarded at all times, the respondents had established a reasonable expectation of probable harm regarding its disclosure. They adduced evidence establishing the importance of keeping secret an importer's quota volume from both customers and competitors. Knowledge of an importer's quota is the only information lacking for competitors to estimate profit levels, discern pricing strategies, market plans and financial strength, making that information valuable commercial intelligence. The Commissioner's expert opinion evidence that as the request did not seek a breakdown of the largest quota holder's allocation according to variety, country of origin, and quality, nor the name of the holder, the information revealed would not contain anything new, was insufficient to refute the respondent's evidence. The nature of the information is such that it can be of no use other than to the third party's competitors, suppliers or customers.

An exemption under paragraph 20(1)(d) had not, however, been established. Paragraph 20(1)(d) requires proof of a reasonable expectation that actual contractual negotiations other than the daily business operations of the third party will be obstructed by disclosure. Evidence of the possible effect of disclosure on international contracts generally and hypothetical problems concerning foreign suppliers and local customers was insufficient to establish a reasonable expectation that any particular contract or negotiations would be obstructed by disclosure.

secrets les chiffres afférents aux quotas qui leur sont alloués, ces renseignements étant considérés très délicats.

En vertu de l'alinéa 20(1)c), la partie qui s'oppose à la divulgation doit prouver que celle-ci risquerait vraisemblablement de lui causer un préjudice. Étant donné la nature des renseignements litigieux, leurs utilisations possibles, et la façon dont ils ont toujours été tenus secrets, les intimés ont établi que leur divulgation serait cause d'un risque vraisemblable de préjudice probable. Ils ont fourni des éléments de preuve démontrant l'importance qu'il y a à garder secret le poids du quota attribué à un importateur, aussi bien à l'égard de ses clients que de ses concurrents. La connaissance du quota alloué à chacun des importateurs est le seul renseignement qui manque pour permettre aux importateurs d'estimer le niveau des profits et de discerner les stratégies de fixation des prix, les projets de commercialisation et la force financière de leurs concurrents, ce qui en fait donc un utile renseignement commercial. L'expert du Commissaire a fait valoir que puisque la demande ne réclamait pas un état détaillé de ce qui a été accordé au plus important titulaire de quota selon la variété, le pays d'origine et la qualité des fromages ni le nom du titulaire, les renseignements qui seraient communiqués ne contiendraient rien de nouveau; ce témoignage a été insuffisant pour réfuter la preuve de l'intimé. La nature des renseignements est telle qu'ils ne peuvent servir qu'aux concurrents, aux fournisseurs et aux clients du tiers.

La preuve n'a toutefois pas été faite de l'exception prévue à l'alinéa 20(1)d). Cet alinéa exige la preuve que la communication des renseignements recherchés risquerait vraisemblablement d'entraver les négociations menées par le tiers en vue de contrats, mises à part ses activités commerciales journalières. On a bien présenté quelques éléments de preuve sur les conséquences possibles de la divulgation sur les contrats internationaux en général, et on a soulevé des problèmes hypothétiques au sujet des fournisseurs étrangers et des clients locaux, mais ils sont insuffisants pour établir que la divulgation des renseignements en cause risquerait vraisemblablement d'entraver des négociations ou des contrats particuliers.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Access to Information Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 111, Schedule I, ss. 2, 20, 42(1)(a).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

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.); *Air Atonabee Ltd. v. Canada (Minister of Transport)* (1989), 27 C.P.R. (3d) 180; 27 F.T.R. 194 (F.C.T.D.); *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.); *Saint John Shipbuilding Ltd. v. Canada (Minister of Supply and Services)* (1990), 67 D.L.R. (4th) 315 (F.C.A.).

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur l'accès à l'information, S.C. 1980-81-82-83, chap. 111, annexe I, art. 2, 20, 42(1)a).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

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^{re} inst.); *Air Atonabee Ltd. c. Canada (Ministre des Transports)* (1989), 27 C.P.R. (3d) 180; 27 F.T.R. 194 (C.F. 1^{re} inst.); *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.); *Saint John Shipbuilding Ltd. c. Canada (Ministre des Approvisionnements et Services)* (1990), 67 D.L.R. (4th) 315 (C.A.F.).

CONSIDERED:

National Parks and Conservation Ass'n. v. Morton,
498 F 2d 765 (C.A.D.C. 1974).

REFERRED TO:

Noël v. Great Lakes Pilotage Authority Ltd., [1988] 2
F.C. 77; (1987), 45 D.L.R. (4th) 127; 20 F.T.R. 257
(T.D.).

COUNSEL:

M. L. Phelan, Gregory O. Somers and Paul B. Tetro for applicant.
Bruce Russell for respondent Minister of
External Affairs.
Donald A. Kubesh for respondent third party.

SOLICITORS:

Osler, Hoskin & Harcourt, Ottawa, for
applicant.
Deputy Attorney General of Canada for
respondent Minister of External Affairs.
Stikeman, Elliott, Ottawa, for respondent
third party.

The following are the reasons for order rendered in English by

DENAULT J.: The applicant, the Information Commissioner of Canada, is applying with the consent of the complainant, the Honourable Allan McKinnon, for a review of the respondent Department's refusal to comply with the complainant's July 16, 1986 request for information. The information requested from the Department of External Affairs was the amount, in kilograms, of the largest single annual import quota of foreign cheese allocated to a firm or individual in 1985.

The respondent Department refused the request stating that the information was exempted from disclosure by paragraphs 20(1)(b) and (c) of the *Access to Information Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 111, Schedule I. The Department noted that on two previous occasions it had refused disclosure of similar information and that the Information Commissioner had agreed that the information was exempted under paragraphs 20(1)(b) and (c) of the Act. It also noted that the same was true of requests for information relating to the amount of import quotas on chicken and turkey. The follow-

DÉCISION EXAMINÉE:

National Parks and Conservation Ass'n. v. Morton,
498 F 2d 765 (C.A.D.C. 1974).

DÉCISION CITÉE:

Noël c. Administration de pilotage des Grands Lacs Ltée,
[1988] 2 C.F. 77; (1987), 45 D.L.R. (4th) 127; 20
F.T.R. 257 (T.D.).

AVOCATS:

M. L. Phelan, Gregory O. Somers et Paul B. Tetro pour le requérant.
Bruce Russell pour l'intimé, le ministre des
Affaires extérieures.
Donald A. Kubesh pour le tiers intimé.

PROCUREURS:

Osler, Hoskin & Harcourt, Ottawa, pour le
requérant.
Le sous-procureur général du Canada pour
l'intimé, le ministre des Affaires extérieures.
Stikeman, Elliott, Ottawa, pour le tiers
intimé.

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

LE JUGE DENAULT: Le requérant, le Commissaire à l'information du Canada exerce, avec le consentement du plaignant, l'honorable Allan McKinnon, un recours en révision du refus du Ministère intimé d'accéder à la demande d'accès à l'information présentée par le plaignant le 16 juillet 1986. Le renseignement que l'on voulait obtenir du ministère des Affaires extérieures était le poids, en kilogrammes, du quota annuel et individuel le plus élevé d'importation de fromage étranger attribué à une entreprise ou à un particulier en 1985.

Le Ministère intimé a rejeté la demande en opposant que les renseignements sollicités étaient exempts de communication en vertu des alinéas 20(1)(b) et c) de la *Loi sur l'accès à l'information*, S.C. 1980-81-82-83, chap. 111, annexe 1. Le Ministère a fait remarquer qu'à deux reprises déjà, il avait refusé la communication de renseignements semblables et que le Commissaire à l'information avait reconnu que les renseignements échappaient à la communication en vertu des alinéas 20(1)(b) et c) de la Loi. Il a ajouté que la même chose s'appliquait aux demandes de renseignements rela-

ing passage from the Department's letter of refusal is most indicative of its reasons for refusal:

Similarly in an Access Request for "names of individuals and companies, and their addresses, who were given permits to import into Canada foreign cheese in excess of 25,000 kilograms, from January, 1985 to date", the Department concluded that this specific information (notwithstanding the public availability of the complete list of cheese import quota holders) was exempt under Sections 20(1)(b) and (c). In this instance, (your file 3100-0541) Mr. George Hamelin, in his capacity as Assistant Information Commissioner, concluded that he was "satisfied that the exempted information falls under 20(1)(b) and (c) of the Act. In such circumstances, the exemption is mandatory and consequently (he) propose(d) to dismiss (the) complaint as not supportable."

The provisions relied on by the Department protect third parties from the disclosure by government institutions of confidential information that would be detrimental to their interests. In the present case it was established that the amount of import quotas on foreign cheese given to Canadian firms have not been released by Government in the past, and that they are determined on the basis of individual importer's percentage of the cheese import business in the years 1973 and 1974. Import quotas were established in 1975, when the total allocation of quota for cheese imports amounted to 50 million pounds. This total was divided amongst 198 importing firms and covered some 200 varieties of cheese from 25 different countries. Yearly changes since that time have resulted in changes in the total amount imported, in the number of importers, and in the number of varieties imported. Under the quota system an importer is required to import at least 95% of its quota in any given year, in order to avoid a reduction in his quota for the following year. The fact that quotas have not always been met has resulted in numerous reductions and has allowed new importers to be apportioned a quota of their own. As a result there are currently some 250 importers. Nevertheless, some importers have been able to meet their quotas year after year, and in such cases the quota remains equal to the importer's share of the market in 1973 and 1974, determined in accordance with the information supplied to the Government when the cheese quotas were implemented. The only reduction that would have occurred in such case was the 1979 reduction when

tives aux chiffres visant les quotas d'importation de poulets et de dindes. Le passage suivant de la lettre de refus du Ministère est des plus révélatrices sur les motifs du refus:

a [TRADUCTION] De la même façon, lorsqu'il a été saisi d'une demande de communication «des noms et adresses des particuliers et des compagnies à qui ont été délivrés des permis d'importer au Canada des fromages étrangers au-delà de 25 000 kilogrammes, depuis janvier 1985 jusqu'à maintenant», le Ministère a conclu que ces renseignements précis (nonobstant le caractère public de la liste complète des titulaires de quota d'importation de fromage) étaient exempts de communication en vertu des alinéas 20(1)b) et c). Dans ce cas, (votre dossier no. 3100-0541) M. George Hamelin, en sa qualité de Commissaire adjoint à l'information, a conclu qu'il «reconnaisait que les renseignements protégés étaient visés par les alinéas 20(1)b) et c) de la Loi. L'exemption étant impérative dans de telles circonstances, il a proposé conséquemment de rejeter la plainte comme étant mal fondée.»

Les dispositions sur lesquelles s'est appuyé le Ministère protègent les tiers contre la communication, par des institutions fédérales, de renseignements confidentiels qui nuiraient à leurs intérêts. En l'espèce, il a été établi que le poids relatif aux quotas d'importation de fromage étranger imposés aux entreprises canadiennes n'avait pas été rendu public par le gouvernement dans le passé, et que ces quotas sont fixés en fonction du pourcentage de l'importation globale de fromage que représentait chaque importateur au cours des années 1973 et 1974. Les quotas à l'importation ont été établis en 1975, lorsque l'ensemble des quotas d'importation de fromage s'élevait à 50 millions de livres. Ce total a été divisé entre 198 entreprises qui faisaient l'importation et il visait quelque 200 variétés de fromages provenant de 25 pays différents. Depuis cette époque, des modifications annuelles se sont trouvées à modifier le poids total des importations, le nombre des importateurs et celui des variétés de fromages importés. En vertu du système de quotas, un importateur est tenu d'importer au cours d'une année donnée au moins 95 % de son quota, afin d'éviter la réduction de ce dernier l'année suivante. Les quotas non atteints ont donné lieu à de nombreuses réductions et ont permis à de nouveaux importateurs de recevoir leurs propres quotas. Par conséquent, on compte actuellement quelque 250 importateurs. Cependant, certains importateurs ont réussi à atteindre leurs quotas année après année, et dans ce cas ceux-ci restent égaux à la part du marché des importateurs en 1973 et en 1974, déterminée selon les renseignements fournis au gouvernement lorsque les quotas de fromage

the government unilaterally reduced all quota allocations by 10%. In the present case the Department of External Affairs, whose Special Trade Relations Bureau (STRB) administers the calculation and allocation of quotas, has refused to disclose the information sought on the grounds that it is confidential information between itself and a third party, and that it is commercial information the disclosure of which would prejudice the third party.

The Information Commissioner did not view the Department's reasons for refusal as being justified under the Act. Consequently it informed the third party of its findings and advised it of its right to make representations to the Information Commissioner regarding disclosure. The third party did so and insisted that the information was exempted pursuant to paragraph 20(1)(d) of the Act, as well as paragraphs (b) and (c) as the Department had suggested.

The Commissioner maintained however that the exemption from disclosure was not justified. It was therefore recommended that the information be released by March 16, 1988. When this recommendation was not complied with, the Commissioner wrote to the complainant and obtained his consent to seek judicial review, pursuant to paragraph 42(1)(a) of the Act, of the Department's refusal to disclose the information.

The issue is a straightforward one of statutory interpretation. Does the information requested fall within the statutory exemptions in paragraphs 20(1)(b),(c) and (d) of the Act?

THE LAW

The relevant provisions of the *Access to Information Act* are the following:

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 exemptions 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.

sont entrés en vigueur. La seule réduction qui aurait eu lieu dans de tels cas est celle qui a été imposée en 1979, lorsque le gouvernement a réduit unilatéralement de 10 % tous les quotas établis. En l'espèce, le ministère des Affaires extérieures, dont la Direction générale des relations commerciales spéciales (DGRCS) est responsable du calcul et de la répartition des quotas, a refusé de communiquer les renseignements demandés au motif qu'il s'agissait là de renseignements confidentiels entre lui-même et un tiers, et que c'étaient des renseignements commerciaux dont la divulgation nuirait au tiers en cause.

Le Commissaire à l'information n'a pas considéré fondés selon la Loi les motifs du refus opposé par le Ministère. Il a donc avisé le tiers de ses conclusions et l'a informé de son droit de faire des observations au Commissaire à l'information à l'égard de la divulgation. C'est ce qu'a fait le tiers, en soulignant que les renseignements recherchés étaient exempts de communication en vertu de l'alinéa 20(1)d) de la Loi, ainsi que des alinéas 20b) et c) comme l'avait laissé entendre le Ministère.

Le Commissaire a toutefois maintenu que l'exemption de communication n'était pas fondée. Il a donc été recommandé que les renseignements soient rendus publics au plus tard le 16 mars 1988. Lorsqu'il n'a pas été donné suite à la recommandation, le Commissaire a écrit au plaignant et il a obtenu son consentement pour demander, en application de l'alinéa 42(1)a) de la Loi, la révision judiciaire du refus du Ministère de divulguer les renseignements litigieux.

La question est une simple question d'interprétation législative. Les renseignements demandés font-ils partie des exceptions prévues aux alinéas 20(1)b),c) et d) de la Loi?

LA LOI

Les dispositions pertinentes de la *Loi sur l'accès à l'information* sont libellées comme suit:

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.

20. (1) Subject to this section, the head of a government institution shall refuse to disclose any record requested under this Act that contains

- (a) trade secrets of a third party;
- (b) financial, commercial, scientific or technical information that is confidential information supplied to a government institution by a third party and is treated consistently in a confidential manner by the third party;
- (c) information the disclosure of which could reasonably be expected to result in material financial loss or gain to, or could reasonably be expected to prejudice the competitive position of, a third party; or
- (d) information the disclosure of which could reasonably be expected to interfere with contractual or other negotiations of a third party.

(6) The head of a government institution may disclose any record requested under this Act, or any part thereof, that contains information described in paragraph (1)(b),(c) or (d) if such disclosure would be in such the public interest as it relates to public health, public safety or protection of the environment and, if such public interest in disclosure clearly outweighs in importance any financial loss or gain to, prejudice to the competitive position of or interference with contractual or other negotiations of a third party.

The *Access to Information Act* has been interpreted in a purposive and liberal manner, and courts are invariably guided by the purpose clause in section 2. In *Maislin Industries Limited v. Minister for Industry, Trade and Commerce*, [1984] 1 F.C. 939 (T.D.) at page 943, Jerome A.C.J. states:

... since the basic principle of these statutes is to codify the right of public access to Government information two things follow: first, that such public access ought not be frustrated by the courts except upon the clearest grounds so that doubt ought to be resolved in favour of disclosure; second, the burden of persuasion must rest upon the party resisting disclosure whether, as in this case, it is the private corporation or citizen, or in other circumstances, the Government.

Thus in the present case both the respondent Department and the third party bear the onus of proving upon the clearest grounds that the information sought is exempted by paragraphs 20(1)(b), (c) or (d). I will address each of these provisions in turn.

Paragraph 20(1)(b)

The proper approach to the interpretation of paragraph 20(1)(b) was laid out in *Air Atonabee Ltd. v. Canada (Minister of Transport)* (1989), 27

20. (1) Le responsable d'une institution fédérale est tenu, sous réserve des autres dispositions du présent article, de refuser la communication de documents contenant:

- a) des secrets industriels de tiers;
- b) des renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques fournis à une institution fédérale par un tiers, qui sont de nature confidentielle et qui sont traités comme tels de façon constante par ce tiers;
- c) des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de causer des pertes ou profits financiers appréciables à un tiers ou de nuire à sa compétitivité;
- d) des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement d'entraver des négociations menées par un tiers en vue de contrats ou à d'autres fins.

(6) Le responsable d'une institution fédérale peut communiquer, en tout ou en partie, tout document contenant les renseignements visés aux alinéas (1)b), c) et d) pour des raisons d'intérêt public concernant la santé et la sécurité publiques ainsi que la protection de l'environnement; les raisons d'intérêt public doivent de plus justifier nettement les conséquences éventuelles de la communication pour un tiers: pertes ou profits financiers, atteintes à sa compétitivité ou entraves aux négociations qu'il mène en vue de contrats ou à d'autres fins.

La *Loi sur l'accès à l'information* a reçu une interprétation libérale et fondée sur son objet, et les tribunaux se laissent invariablement guider par l'objet de la Loi exposé à l'article 2. Dans l'arrêt *Maislin Industries Limited c. Ministre de l'Industrie et du Commerce*, [1984] 1 C.F. 939 (1^{re} inst.), à la page 943, le juge en chef adjoint Jerome a dit ce qui suit:

... puisque le principe de base de ces lois est de codifier le droit du public à l'accès aux documents du gouvernement, deux conséquences en découlent: d'abord, les tribunaux ne doivent pas neutraliser ce droit sauf pour les motifs les plus évidents, de sorte qu'en cas de doute, il faut permettre la communication; deuxièmement, le fardeau de convaincre la cour doit incomber à la partie qui s'oppose à la communication, qu'il s'agisse, comme en l'espèce, d'une société privée ou d'un citoyen ou, dans d'autres cas, du gouvernement.

Ainsi donc en l'espèce, il appartient au Ministère intimé et au tiers de démontrer pour les motifs les plus évidents que les renseignements recherchés sont exemptés de communication en vertu des alinéas 20(1)(b), (c) ou (d). Je vais traiter tour à tour de chacune de ces dispositions.

L'alinéa 20(1)(b)

La bonne façon d'aborder l'interprétation de l'alinéa 20(1)(b) a été exposée dans l'arrêt *Air Atonabee Ltd. c. Canada (Ministre des Trans-*

C.P.R. (3d) 180 (F.C.T.D.), at page 197, where MacKay J. made the following comments:

The authorities relied upon by both counsel in relation to s. 20(1)(b), and others, have made clear that exemption from disclosure under that paragraph requires that the information in question meet all four of the following criteria, that it be:

- (1) financial, commercial, scientific or technical information,
- (2) confidential information,
- (3) supplied to a government institution by a third party, and
- (4) treated consistently in a confidential manner by the third party.

MacKay J. then went on to consider in depth the application of each of these requirements to the case before him. In the course of his analysis he made several comments which will provide a useful guide whenever the interpretation of paragraph 20(1)(b) arises. Thus it was held that information will be deemed to be financial, commercial, scientific or technical, when it relates to material that is commonly referred to as such, in keeping with the ordinary dictionary definition of those terms. In this respect I have no hesitation in finding that the amount of the import quota sought is commercial information within the meaning of paragraph 20(1)(b). Moreover even if a more narrow meaning were ascribed to such terms, such as a requirement that the information have an independent market or cost value—a view explicitly rejected in *Air Atonabee*—I am satisfied, on the affidavit evidence of the third party that its quota figure does have independent value, and is commercial information in even the strictest meaning of that term. The illicit offer received by the third party for the sale or long-term rental of unused portions of its quota are supportive of this finding.

As for the second criterion, the confidential nature of the information, the *Air Atonabee* decision contains a thorough review of the jurisprudence on this issue and MacKay J. concludes, at page 202, with the following comments:

This review leads me to consider the following as an elaboration of the formulation by Jerome A.C.J., in *Montana, supra* [*Montana Band of Indians v. Canada (Minister of Indian & Northern Affairs)*], [1989] 1 F.C. 143] that whether information is

ports) (1989), 27 C.P.R. (3d) 180 (C.F. 1^{re} inst.), à la page 197, dans lequel le juge MacKay a fait les commentaires suivants:

Il ressort nettement de la jurisprudence, et notamment des précédents invoqués par les deux avocats relativement à l'alinéa 20(1)(b), que pour être soustraits à l'obligation de communication en vertu de cet article, les renseignements en question doivent répondre aux quatre critères suivants, c'est-à-dire qu'il doit s'agir

- 1) de renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques,
- 2) de nature confidentielle,
- 3) fournis à une institution fédérale par un tiers
- 4) et qui sont traités comme tels de façon constante par le tiers.

Le juge MacKay a ensuite étudié en profondeur l'application de chacune de ces exigences à l'affaire dont il était saisi. Au cours de son analyse, il a fait plusieurs observations qui seront un guide utile chaque fois que se présentera l'interprétation de l'alinéa 20(1)(b). Ainsi on a statué que des renseignements sont considérés être financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques lorsqu'ils se rapportent à des éléments communément désignés comme tels, conformément à la définition lexicographique ordinaire de ces expressions. À cet égard, je conclus sans hésiter que le poids relatif aux quotas d'importation est un renseignement commercial au sens de l'alinéa 20(1)(b). De plus, même si l'on accordait à ces termes un sens plus restreint, et si on y voyait l'exigence que les renseignements recherchés aient une valeur marchande indépendante, un point de vue explicitement rejeté dans l'arrêt *Air Atonabee*, j'estime en raison de l'affidavit du tiers que la quantité correspondant à son quota possède bien une valeur indépendante et constitue un renseignement commercial même au sens le plus restreint du mot. L'offre illicite qui a été faite au tiers en vue de la vente ou de la location à long terme de la partie inutilisée de son quota appuie cette conclusion.

Quant au second critère, c'est-à-dire la nature confidentielle des renseignements, on trouve dans l'arrêt *Air Atonabee* une étude complète de la jurisprudence sur cette question, et le juge MacKay conclut en faisant les commentaires suivants à la page 202:

Cet examen m'amène à considérer ce qui suit comme un exposé détaillé de l'opinion formulée par le juge en chef adjoint Jerome dans le jugement *Montana*, précité [*Bande indienne de Montana c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord*

confidential will depend upon its content, its purposes and the circumstances in which it is compiled and communicated, namely:

(a) that the content of the record be such that the information it contains is not available from sources otherwise accessible by the public or that could not be obtained by observation or independent study by a member of the public acting on his own,

(b) that the information originate and be communicated in a reasonable expectation of confidence that it will not be disclosed, and

(c) that the information be communicated, whether required by law or supplied gratuitously, in a relationship between government and the party supplying it that is either a fiduciary relationship or one that is not contrary to the public interest, and which relationship will be fostered for public benefit by confidential communication.

In so far as these comments are not taken as superadded conditions to the Act, I find them instructive in determining whether the information sought in the present case is, or is not confidential. I am satisfied that the information sought is not otherwise accessible by the public. I am also satisfied that the market information on cheese imports in 1973 and 1974 provided to the Government and upon which all initial and subsequent quotas were established was communicated in a reasonable expectation of confidence that it would not be disclosed. In fact neither of these points were strongly contested by the Commissioner. The Commissioner has however suggested that because the information requested is submitted by the third party in order to continue to receive an import allocation quota, and because its submission is thus of substantial financial benefit to the third party, it is therefore not provided in a relationship required by the public interest to be fostered by preserving confidential lines of communication. In other words since the quota system itself provides incentive for the third party to report its imports year after year, and to prove that its quota has been met, there is no need for the Government to preserve confidentiality; the Government need not fear that the third party will be less candid or forthcoming in the future merely because Government breached the confidentiality of the information originally provided to it, because the third

canadien), [1989] 1 C.F. 143], dans lequel celui-ci a déclaré que la question de savoir si un renseignement est de nature confidentielle dépend de son contenu, de son objet et des circonstances entourant sa préparation et sa communication, c'est-à-dire:

^a (a) le contenu du document est tel que les renseignements qu'il contient ne peuvent être obtenus de sources auxquelles le public a autrement accès, ou ne peuvent être obtenus par observation ou par étude indépendante par un simple citoyen agissant de son propre chef;

^b (b) les renseignements doivent avoir été transmis confidentiellement avec l'assurance raisonnable qu'ils ne seront pas divulgués;

^c (c) les renseignements doivent être communiqués, que ce soit parce que la loi l'exige ou parce qu'ils sont fournis gratuitement, dans le cadre d'une relation de confiance entre l'administration et la personne qui les fournit ou dans le cadre d'une relation qui n'est pas contraire à l'intérêt public, et la communication des renseignements confidentiels doit favoriser cette relation dans l'intérêt du public.

^d Dans la mesure où ces remarques ne sont pas considérées comme des conditions qui s'ajoutent à celles de la Loi, je les trouve utiles lorsqu'il s'agit de déterminer si les renseignements recherchés en l'espèce sont ou ne sont pas confidentiels. Je suis convaincu que ces renseignements ne sont pas par ailleurs disponibles au public. Je suis également convaincu que les renseignements du marché sur les importations de fromage au cours des années 1973 et 1974, qui ont été fournis au gouvernement et en fonction desquels tous les quotas initiaux et subséquents ont été établis, ont été communiqués dans l'attente raisonnable qu'on les tiendrait confidentiels. De fait, le Commissaire n'a énergiquement contesté aucun de ces points. Il a toutefois laissé entendre que parce que les renseignements ^e demandés sont fournis par le tiers dans le but de continuer à se voir attribuer un quota d'importation, et parce que les renseignements en cause ^f représentent donc pour ce dernier un avantage financier considérable, ils ne sont par conséquent pas fournis dans le cadre de rapports dont l'intérêt public exige qu'ils soient favorisés par le maintien du caractère confidentiel des lignes de communication. En d'autres termes, puisque le système de contingentement lui-même incite le tiers à déclarer ses importations année après année et à prouver qu'il a atteint son quota, nul n'est besoin pour le gouvernement de garder le secret. En effet, celui-ci ^g n'a pas à craindre que le tiers soit moins franc et plus réservé à l'avenir simplement parce que le ^h gouvernement a violé le caractère confidentiel des renseignements qui lui ont tout d'abord été fournis, ⁱ ^j

party's self-interest in maintaining its quota will ensure its candour.

When seen in its true light, this portion of the applicant's argument has very little to recommend it. Indeed it lends support to those cases which have rejected the American doctrine in *National Parks and Conservation Ass'n. v. Morton*, 498 F.2d. 765 (C.A.D.C. 1974) [at page 770] that commercial or financial information is confidential if its disclosure would "(1) . . . impair the Government's ability to obtain necessary information in the future; or (2) . . . cause substantial harm to the competitive position of the person from whom the information was obtained." (*Air Atonabee Ltd. v. Canada (Minister of Transport)* (1989), 27 C.P.R. (3d) 180 (F.C.T.D.), at pages 199-200; *Noël v. Great Lakes Pilotage Authority Ltd.*, [1988] 2 F.C. 77 (T.D.)) What the Commissioner has failed to appreciate is that the public interest in fostering confidential communication is merely an indicia of the confidential nature of the information and not a condition. The American approach has the advantage of clearly recognizing that confidentiality is a shared responsibility between informer and informant and that as such each side may have legitimate interests in preserving confidentiality. According to that theory it is sufficient, to demonstrate that confidentiality exists, to establish that the interests of either party require as much. I would agree that a determination of confidentiality is not made less objective by the fact that only one side has an interest in maintaining confidentiality. What must be objectively determined is whether the information was obtained in exchange for the explicit or implicit promise that it would be treated confidentially. All that the third indicia of confidentiality outlined by MacKay J. allows for is the possibility that the government's need, or the public interest as he puts it, to maintain confidentiality may be legitimately considered as a factor in determining whether a given piece of information is of a confidential nature. As long as this criteria is used as an indicator and not a condition of confidentiality there is no danger in retaining it as a factor to be considered.

car l'intérêt qu'a le tiers à maintenir son quota est garant de son honnêteté.

Vue sous son angle véritable, cette partie de l'argument du requérant laisse à désirer. En effet, elle appuie les arrêts qui ont rejeté la doctrine américaine exposée dans l'arrêt *National Parks and Conservation Ass'n. v. Morton*, 498 F.2d. 765 (C.A.D.C. 1974) [à la page 770] selon laquelle les renseignements commerciaux et financiers sont confidentiels si leur divulgation devait «(1) compromettre la capacité du gouvernement d'obtenir à l'avenir des renseignements nécessaires; ou (2) nuire sérieusement à la compétitivité de la personne de qui les renseignements étaient obtenus»: (*Air Atonabee Ltd. c. Canada (Ministre des Transports)* (1989), 27 C.P.R. (3d) 180 (C.F. 1^{re} inst.), aux pages 199 et 200; *Noël c. Administration de pilotage des Grands Lacs Ltée*, [1988] 2 C.F. 77 (1^{re} inst.)) Ce que le Commissaire n'a pas saisi, c'est que l'intérêt public qu'il y a à encourager les communications confidentielles n'est qu'un indice de la nature confidentielle des renseignements et non une condition. L'approche des américains a l'avantage de reconnaître clairement que la non-divulgation est une responsabilité que se partagent celui qui fournit les renseignements et celui qui les reçoit, et qu'en tant que tel, chaque côté peut avoir des motifs légitimes de préserver le caractère confidentiel des renseignements. Selon cette théorie il suffit, pour démontrer le caractère confidentiel des renseignements, d'établir que les intérêts de l'une ou l'autre des parties l'exigent. Je serais d'accord pour dire que la conclusion en faveur du caractère confidentiel des renseignements n'est pas moins objective parce qu'une seule des parties y trouve son intérêt. Ce qu'il faut déterminer objectivement, c'est si les renseignements ont été obtenus contre la promesse explicite ou implicite de les tenir confidentiels. Le troisième critère énoncé par le juge MacKay relativement au caractère confidentiel des renseignements prévoit simplement la possibilité que l'avantage pour le gouvernement, ou pour l'intérêt public comme il dit, de préserver le caractère confidentiel des renseignements puisse être légitimement considéré comme un facteur quand il s'agit d'établir si un renseignement donné est de nature confidentielle. Pourvu que ce critère soit un indicateur et non une condition du caractère confidentiel des renseignements, on peut sans inconvénient le conserver comme facteur à considérer.

In any event the public interest may indeed require, in the present case, that the relationship of confidentiality be fostered; while the obtention of necessary information in the future may not depend on good relations between government and importers, there is nonetheless a public interest in maintaining good relations *per se* with law abiding persons. There is a public interest in ensuring that Government act in good faith regarding confidential information that is received by it. The Information Commissioner would have Government say: "As we have established a quota system based on information which you have provided to us in confidence, and as this system itself ensures your continued cooperation, through economic incentive and the strong arm of the law, we may breach the confidence you have reposed in us without any fear of reprisal; hence we are justified in doing so and mandated to do so by the *Access to Information Act*." I do not think the Act requires anything of the kind. I find that given the Government's duty to act in good faith, there is a public interest in fostering the confidential nature of its relationship with the third party. This is not to say that Government will always be bound by its undertaking to act in confidence, the Act expressly provides exceptions to this rule in subsection 20(6), but I am satisfied that paragraph 20(1)(b) does require that the Government consider itself bound by its undertakings to act confidentially, in respect of financial, commercial, scientific or technical information, whenever the third party to whom the undertaking was given has consistently treated the information as confidential. This rule holds true whether the undertaking was made either before or after the coming into force of the *Access to Information Act*. The proper course in challenging the validity of such an undertaking is for the complainant, or the Commissioner, to avail itself of the grounds in subsection 20(6). In this way a balancing of interests, in favour of and against disclosure can occur. To hold otherwise, and conclude that undertakings of confidentiality are strictly meaningless in light of the Act, is to give the Act a dogmatic interpretation rather than a rational one, and is thus an interpretation which the law resists.

En tout état de cause, l'intérêt public peut fort bien demander, en l'espèce, que les rapports de confidentialité soient préservés; bien que l'obtention des renseignements nécessaires à l'avenir puisse ne pas dépendre des bonnes relations entre le gouvernement et les importateurs, il va tout de même dans l'intérêt public de cultiver de bonnes relations comme telles avec les personnes respectueuses de la loi. Il est aussi dans l'intérêt général de s'assurer que le gouvernement agit de bonne foi à l'égard des renseignements qu'on lui confie. Le Commissaire à l'information prétend que le gouvernement dit ce qui suit: «Comme nous avons établi un système de contingentement d'après des renseignements que vous nous avez donnés confidentiellement, et comme ce système lui-même garantit votre collaboration à l'avenir grâce aux incitants économiques et à la force coercitive de la loi, nous pouvons en toute impunité abuser de votre confiance; ainsi, sommes-nous justifiés et avons-nous mandat de le faire aux termes de la *Loi sur l'accès à l'information*.» Je ne crois pas que la Loi exige rien de semblable. J'estime qu'étant donné l'obligation du gouvernement d'agir de bonne foi, il est donc dans l'intérêt public qu'il préserve le caractère confidentiel de ses rapports avec le tiers. Cela ne signifie nullement que le gouvernement sera toujours lié par son engagement d'agir confidentiellement, la Loi prévoyant expressément au paragraphe 20(6) des exceptions à cette règle, mais je suis convaincu que l'alinéa 20(1)b) exige que le gouvernement se considère lié par son engagement à préserver le caractère confidentiel des renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques que lui a confié un tiers chaque fois que ce dernier a traité ces renseignements comme confidentiels de façon constante. Cette règle s'applique, que l'engagement ait été pris avant ou après l'entrée en vigueur de la *Loi sur l'accès à l'information*. La façon régulière dont doit s'y prendre le plaignant, ou le Commissaire, pour contester la validité d'un tel engagement, c'est d'invoquer les exceptions prévues au paragraphe 20(6). De cette façon, il est possible de peser les arguments pour et contre la communication. Prétendre le contraire, et conclure que les promesses de respecter le caractère confidentiel des renseignements sont totalement dépourvues de valeur étant donné la Loi, c'est donner à celle-ci une interprétation dogmatique plutôt que rationnelle, et partant, une interprétation qui répugne au droit.

The grounds in subsection 20(6), set out above, release the Government from its undertakings of confidentiality whenever it is in the public interest "as it relates to public health, public safety, or protection of the environment" to do so. Yet none of these valid grounds of public interest have been advanced by the Commissioner in the present case. In fact the release of the information sought would make the third party, the only cheese importer whose quota was publicly known, and thus place it at a competitive disadvantage in relation to all other importers. If no other quota is revealed, then there is all the more reason to refrain from singling out the third party in this manner. I find that the public interest goes very much against these sort of market interventions by Government, and that this is yet another reason to foster the confidentiality of the Government's relationship with the third party. I therefore reject the applicant's argument that the information was not confidential because the public interest does not require that a relationship of confidentiality be fostered. I do so for the following two reasons: a) the public interest in fostering confidential relationships is merely an indicator and not a condition of confidentiality; and b) there is a public interest in maintaining the confidentiality of this relationship since: i) an undertaking was given that the information would be kept confidential; and ii) similar relationships with other importers are being maintained confidential, and in these circumstances disclosure of the information would amount to an unfair market intervention by Government.

In light of all the above I am satisfied that the respondents have established based upon an objective determination that the information requested is confidential in nature.

The Commissioner based the paragraph 20(1)(b) aspect of her case on the fact that the information sought is not information "supplied to a government institution by a third party". That is the third criteria identified by MacKay J. in *Air Atonabee, supra*. The Commissioner argued that the information provided in 1975, is not the information that is now being sought. She submitted that:

The total quota allocation in 1985 is not the same information as was supplied to importers to the STRB in respect of their performance in the years 1973 and 1974. The general reduction

Les exceptions énoncées au paragraphe 20(6), précité, dégagent le gouvernement de sa promesse de non-divulgaration pour des raisons d'intérêt public «concernant la santé et la sécurité publiques ainsi que la protection de l'environnement». Or le Commissaire n'a invoqué en l'espèce aucune de ces raisons valides d'intérêt public. De fait, la communication des renseignements recherchés ferait du tiers le seul importateur de fromage dont le quota est rendu public, portant ainsi atteinte à sa compétitivité à l'égard des autres importateurs. Si aucun autre quota n'est révélé, il y a donc des raisons d'autant plus grandes de ne pas différencier le tiers de cette façon. J'estime que ce genre d'intervention du gouvernement dans le marché va tout à fait contre l'intérêt public, et que c'est là une autre raison qui milite en faveur du caractère confidentiel des relations qu'entretient le gouvernement avec le tiers. Je rejette donc l'argument du requérant selon lequel les renseignements demandés ne sont pas confidentiels parce que l'intérêt public n'exige pas de favoriser des rapports confidentiels. Mon rejet se fonde sur ces deux motifs: a) l'intérêt public qu'il y a à encourager les rapports confidentiels est simplement un indicateur et non une condition de la confidentialité; et b) il est dans l'intérêt général de préserver le caractère confidentiel des rapports concernés puisque i) on a promis que les renseignements resteraient confidentiels; et ii) d'autres rapports semblables avec d'autres importateurs restent confidentiels, et dans ces circonstances, la divulgation des renseignements recherchés équivaudrait à une intervention injuste dans le marché de la part du gouvernement.

Étant donné tout ce qui précède, je suis convaincu que les intimés ont établi au terme d'un examen objectif que les renseignements requis sont de nature confidentielle.

Le Commissaire a fondé ses arguments tirés de l'alinéa 20(1)(b) sur le fait que les renseignements recherchés ne sont pas des renseignements «fournis à une institution fédérale par un tiers». C'est là le troisième critère énoncé par le juge MacKay dans l'arrêt *Air Atonabee*, précité. Le Commissaire a fait valoir que les renseignements fournis en 1975 ne sont pas les renseignements que l'on demande en l'espèce. Elle a exposé ce qui suit:

[TRADUCTION] Le quota total alloué en 1985 n'est pas le même renseignement fourni aux importateurs au DGRCS à l'égard de leur «prestation» en 1973 et en 1974. La réduction générale de

in total quotas in 1979, the importers shift in varieties sourced, and other changes in market participants and demand establish that the market is dynamic and subject to continuous variation.

This however is insufficient to rebut the respondents' proof that large quota holders (roughly the twenty largest importers) have been able to retain their quotas and shares of the market at a constant level since 1975 other than for the 1979 reduction mentioned above; that these quotas were based on confidential information of the importers' imports in 1973 and 1974; and that neither the information originally received by Government, nor any of the quota allocations subsequently deduced from it, have ever been communicated to the public or to any person or firm other than those who originally supplied the information. The uncontested affidavit evidence of the third party is that its own share of the total quota has remained unchanged from 1975 to the present, and that thus, the disclosure of its quota allocation in any given year, would be as harmful as the release of its original or present allocation. To my mind, the information sought (the largest quota in 1985) and the information provided in 1975 by the third party, is essentially the same information, and the disclosure of either would amount to a breach of paragraph 20(1)(b). The confidentiality of the 1985 quota figure itself is also borne out by the method in which it is received. While it is calculated on the basis of the third party's previous quotas going back to 1975, it is received by Government through a computer hook-up which preserves the confidentiality of the system. Each importer has been assigned a company file number which gives them access to their quota on the computer. Each import of cheese is added to the quota holder's tally until the quota is reached, at which point import permits are no longer issued. The confidentiality of the importers' file numbers and of their ability to meet their yearly quota allocation complements the confidentiality surrounding the original 1973 and 1974 market information on which the quota allocation is based. The facts reveal plainly to me that the information is supplied by the third party to the Special Trade Relations Bureau, a branch of the Department of External Affairs, which is a gov-

l'ensemble des quotas en 1979, la modification des variétés choisies par les importateurs, et les autres changements dans les participants et la demande prouvent que le marché est dynamique et subit de constantes fluctuations.

a Ce qui précède ne suffit toutefois pas à réfuter la preuve des intimés selon laquelle: les titulaires de quotas importants (à peu près les vingt importateurs principaux) ont pu maintenir leurs quotas et leur part du marché à un niveau constant depuis *b* 1975, sauf pour ce qui est de la réduction de 1979 dont on a parlé plus haut; ces quotas étaient fondés sur des renseignements confidentiels sur les importations des importateurs en 1973 et 1974; et ni les renseignements reçus à l'origine par le gouvernement *c* ni aucune des allocations de quotas auxquelles ces renseignements ont donné lieu par la suite, ont jamais été communiqués au public ou à aucune personne physique ou morale, si ce n'est celles qui ont fourni les renseignements en premier lieu. *d* Selon l'affidavit non contesté du tiers, sa propre part du quota total est restée inchangée depuis 1975 jusqu'à aujourd'hui, de sorte que la divulgation du quota qui lui a été attribué au cours d'une année donnée serait aussi préjudiciable que la *e* communication de son allocation originale ou actuelle. À mon sens, les renseignements recherchés (le quota le plus élevé en 1985) et les renseignements fournis par le tiers en 1975, sont essentiellement les mêmes renseignements, et la *f* divulgation de l'un ou l'autre équivaldrait à la violation de l'alinéa 20(1)b). Le caractère confidentiel de la valeur numérique du quota de 1985 est aussi étayé par la méthode selon laquelle elle a été reçue. Bien que ce chiffre ait été calculé en *g* fonction des quotas précédents du tiers en remontant jusqu'à 1975, il est transmis au gouvernement au moyen d'une connexion d'ordinateur qui préserve le caractère confidentiel du système. Chaque importateur a reçu un numéro de dossier qui lui *h* donne accès à son quota versé à l'ordinateur. Chacune de ses importations de fromage est ajoutée à ses importations précédentes jusqu'à ce qu'il ait atteint son quota, moment à partir duquel les *i* permis d'importation ne lui sont plus délivrés. Le caractère confidentiel des numéros de dossier des importateurs et de leur capacité de remplir leur quota annuel est le complément du caractère confidentiel attaché aux renseignements originaux afférents au marché au cours de 1973 et 1974, et sur *j* lesquels se fondent les quotas assignés. Les faits m'indiquent clairement que les renseignements

ernment institution, within the meaning of the Act, and I find therefore that the third criterion is met.

As for the fourth and final criterion under paragraph 20(1)(b), the evidence amply demonstrates that the third party did itself consistently treat the information sought in a confidential manner. The affidavit of Robert Bertrand, an officer in the Special Trade Relations Bureau, establishes that all importers guard their quota allocation figures jealously as the information is considered "confidential and extremely sensitive". This is also confirmed by the affidavit of Peter Dawes, former Chief executive officer of the Canadian Importers Association/*Association des Importateurs Canadiens*. In the course of his functions with that association, over sixteen years, Mr. Dawes helped form and served as executive director of the International Cheese Council of Canada, which was formed in direct response to the government's imposition of import quotas on foreign cheese. In his affidavit Mr. Dawes affirms that:

The information concerning each importer's volume allocation of quota is so sensitive that even the Council's operating fees, which are based on the volume of each importer's quota, were self-assessed and forwarded to a trust account administered by legal counsel and therefore protected under client/solicitor privilege. This was done by a unanimous instruction from the founding members of the Council.

Importers consider information on the actual levels of quota allocated to a company as expressed in volume by weight to be highly confidential and a matter of strategic consequence for many reasons, but mostly related to competitive and financial considerations.

Mr. Dawes then goes on to enumerate some of those considerations, but I think that, in the absence of any suggestion by the applicant that the third party, or any other importer has ever made known its own quota figures, the foregoing is sufficient to establish that the final criterion of paragraph 20(1)(b) was met. Indeed it confirms the uncontested affidavit evidence of the third party itself. Thus I am led to conclude that the respondents have demonstrated that the informa-

sont fournis par le tiers à la Direction générale des relations commerciales spéciales, direction du ministère des Affaires extérieures, qui est une institution fédérale au sens de la Loi; j'estime donc qu'il y a respect du troisième critère.

Pour ce qui est du dernier critère visé à l'alinéa 20(1)b), la preuve démontre amplement que le tiers a lui-même traité les renseignements recherchés de façon constante comme étant confidentiels. L'affidavit de Robert Bertrand, fonctionnaire à la Direction générale des relations commerciales spéciales, établit que tous les importateurs gardent jalousement secrets les chiffres afférents aux quotas qui leur sont alloués, ces renseignements étant considérés [TRADUCTION] «confidentiels et très délicats». Cela est aussi confirmé par l'affidavit de Peter Dawes, ex-premier dirigeant de la *Canadian Importers Associations/Association des Importateurs Canadiens*. Tandis qu'il exerçait ses fonctions au sein de cette association, pendant plus de seize ans, M. Dawes a participé à la constitution et a été le directeur exécutif du Conseil canadien des fromages internationaux, dont la création représente la riposte directe à l'imposition par le gouvernement de quotas à l'importation des fromages étrangers. Dans son affidavit, M. Dawes affirme notamment ce qui suit:

[TRADUCTION] Les renseignements sur le poids des quotas attribués à chacun des importateurs sont si délicats que même les frais d'exploitation du Conseil, fondés sur le poids de chacun de ces quotas, ont été autoévalués et transmis à un compte en fiducie administré par un conseiller juridique, de sorte qu'ils sont protégés par le caractère confidentiel des communications entre procureur-client. Ceci s'est fait à la suite des directives unanimes de la part des membres fondateurs du Conseil.

Les importateurs considèrent que les renseignements sur les niveaux réels des quotas attribués à une compagnie, exprimés en poids, sont hautement confidentiels et une question d'importance stratégique pour plusieurs raisons, qui relèvent surtout de considérations d'ordre concurrentiel et pécuniaire.

M. Dawes énumère ensuite dans son affidavit certaines de ces considérations, mais j'estime qu'en l'absence de toute suggestion de la part du requérant que le tiers, ou quelqu'autre importateur, a jamais fait connaître les chiffres afférents à son quota, ce qui précède suffit à établir que le dernier critère exposé à l'alinéa 20(1)b) a été respecté. En effet, cela confirme l'affidavit non contesté du tiers lui-même. Je suis donc amené à conclure que les intimés ont démontré que les renseignements

tion sought falls within the exemption under paragraph 20(1)(b) and that as such the Department's refusal to disclose the information was justified.

That finding is in itself sufficient to dispose of this matter, but I am also satisfied that the respondents have made out their case for exempting the information under paragraph 20(1)(c) of the Act.

Paragraph 20(1)(c)

Under paragraph 20(1)(c) the parties are agreed that the test requires the party resisting disclosure to adduce evidence of harm that could reasonably be expected to be caused by disclosure. The test was established in *Canada Packers Inc. v. Canada (Minister of Agriculture)*, [1989] 1 F.C. 47 (C.A.), at pages 59-60 and reaffirmed in *Saint John Shipbuilding Ltd. v. Canada (Minister of Supply and Services)* (1990), 67 D.L.R. (4th) 315 (F.C.A.), where Hugessen J.A., states at page 316:

In applying that text [paragraphs 20(1)(c) and (d)] to the material before him the judge [24 F.T.R. 32, 12 A.C.W.S. (3d) 51] followed the guidelines laid down by MacGuigan J.A. for this court in *Canada Packers Inc. v. Canada (Minister of Agriculture)* (1988), 53 D.L.R. (4th) 246, 26 C.P.R. (3d) 407, [1989] 1 F.C. 47, where he said, at p. 255: "I believe one must interpret the exceptions to access in paras. (c) and (d) to require a reasonable expectation of *probable* harm." (The emphasis is in the original.)

The applicant now invites us to say that this is wrong, first because para. (c), while conveying the notion of "prejudice" (or harm), does not set so high a threshold as probability and, second, because para. (d) speaks only of interference and does not require any showing of harm at all. We do not agree. The setting of the threshold at the point of probable harm seems to us to flow necessarily from the context, not only of the section but of the whole statute, and it is the only proper reading to give the French text ("risquerait vraisemblablement de causer des pertes").

Thus while the law is clear, and there is no dispute as to the test to be applied, determining just what constitutes a "reasonable expectation of probable harm" will invariably give rise to serious disagreement, as it has in the present case.

The respondents' argument is advanced in the affidavits of Mr. Dawes, and of "Mr. third party", the president of the Third Party, and its former Controller, Secretary-Treasurer, and Director of

recherchés relèvent de l'exception visée à l'alinéa 20(1)b), et que cela étant, le refus du Ministère de divulguer les renseignements litigieux est justifié.

^a Cette conclusion suffit en elle-même à régler cette question, mais j'estime également que les intimés ont prouvé que les renseignements en cause relèvent aussi de l'alinéa 20(1)c) de la Loi.

^b L'alinéa 20(1)c)

Les parties conviennent qu'en vertu de l'alinéa 20(1)c), la partie qui s'oppose à la divulgation doit prouver que celle-ci risquerait vraisemblablement de lui causer un préjudice. Ce critère a été établi dans l'arrêt *Canada Packers Inc. c. Canada (Ministre de l'Agriculture)*, [1989] 1 C.F. 47 (C.A.), aux pages 59 et 60 et confirmé dans l'arrêt *Saint John Shipbuilding Ltd. c. Canada (Ministre des Approvisionnements et Services)* (1990), 67 D.L.R. (4th) 315 (C.A.F.), dans lequel le juge Hugessen, J.C.A., dit à la page 316:

^c Lorsque le juge a appliqué les alinéas 20(1)c) et d) au cas dont il a été saisi, il [24 F.T.R. 32, 12 A.C.W.S. (3d) 51] a suivi les principes directeurs fixés par le juge MacGuigan, J.C.A. pour la présente Cour dans l'arrêt *Canada Packers Inc. c. Canada (Ministre de l'Agriculture)* 53 D.L.R. (4th) 246, 26 C.P.R. (3d) 407, [1989] 1 F.C. 47, où il a déclaré à la p. 255: "... j'estime qu'on doit interpréter les exceptions au droit d'accès figurant aux alinéas c) et d) comme exigeant un risque vraisemblable de préjudice *probable*. (En italique dans le texte original.)

^d La requérante nous invite à dire qu'il s'agit d'une erreur, tout d'abord parce que l'alinéa c) tout en exprimant la notion de préjudice (ou de tort) n'établit pas un seuil aussi élevé de probabilité et, deuxièmement, parce que l'alinéa d) parle seulement d'entrave et n'impose pas de faire la preuve d'un préjudice du tout. Nous ne sommes pas de cet avis. L'établissement d'un seuil de préjudice probable semble, selon nous, découler nécessairement du contexte, non seulement de l'article mais de l'ensemble de la Loi et il s'agit là de la bonne interprétation que l'on doit donner au texte français «risquerait vraisemblablement de causer des pertes».

^e Ainsi, bien que la loi soit claire, et que le critère applicable ne soit pas contesté, la détermination de ce qui constitue «un risque vraisemblable de préjudice probable» soulèvera invariablement de sérieuses divergences d'opinion, comme c'est le cas en l'espèce.

^f Les arguments des intimés sont exposés dans les affidavits de M. Dawes et de «M. Tiers», président du tiers et son ancien contrôleur, secrétaire-trésorier et directeur financier. Le nom du tiers et celui

Finance. The name of the third party, and its affiant are confidential matters which do not appear in the public records submitted for this application. Mr. Dawes submitted that once the amount of the largest quota allocated in any given year was made public, other importers and knowledgeable parties would immediately be able to match that quota figure to the company to which it was granted, because the largest import quota holders are known to their competitors. He also indicated that as overall demand for imported cheese always surpasses supply, importers are under great pressure from their customers (retailers, wholesalers and restaurants) to use their full quota to meet a particular demand rather than follow through with their particular plans. It is therefore important that an importer's quota volume not be known to its customers. Moreover by keeping its import quota secret a large importer can and will choose to apportion its quota among many small customers or to one customer exclusively for certain cheeses, if its quota volume were known it could not negotiate as successfully with its customers. I find that these disadvantages *vis-a-vis* one's clientele would be even more accentuated in a case where a given importer was the only importer whose quota volume was known.

Other than disadvantages *vis-a-vis* clientele, the Dawes affidavit establishes that knowledge of a competitor's quota volume "is valuable commercial intelligence which can be used to advantage by determining a competitor's price structures and marketing strategies". Given the existing market information, it is argued that knowledge of each importer's quota entitlement is the only information lacking to estimate profit levels, discern pricing strategies, market plans, and financial strength of the competition. One of the conclusions reached by Mr. Dawes is that:

... disclosure of quota levels of individual importers, or the largest quota holder in Canada in any given year, would cause that importer financial damage. An important distinction on the facts before us is that the loss and damage will be long term:—not as it relates to the products marketed by the company but to the overall competitive position of the company whose confidential information is disclosed once and for all.

de son déposant sont confidentiels et n'apparaissent pas dans la documentation publique fournie avec cette demande. M. Dawes a fait valoir que si le poids du quota le plus élevé accordé au cours d'une année quelconque était rendu public, d'autres importateurs et des parties au courant seraient aussitôt capables de déceler quelle compagnie a reçu tel quota, car les titulaires des quotas d'importation les plus importants sont connus de leurs concurrents. Il a aussi indiqué que puisque la demande de fromages importés surpasse toujours l'offre, les importateurs sont toujours pressés ardemment par leurs clients (les détaillants, les grossistes et les restaurants) d'utiliser l'intégralité de leur quota pour répondre à une demande particulière plutôt que de donner suite à leurs propres projets. Il est donc important que le poids du quota attribué à un importateur ne soit pas connu de ses clients. De plus, en tenant secret son quota d'importation, un grand importateur pourra choisir et choisira de répartir son quota entre plusieurs petits clients ou en faveur d'un seul client exclusivement pour certains fromages; si le poids de son quota était connu, il ne pourrait négocier avec autant de succès avec ses clients. J'estime que ces désavantages à l'égard des clients des importateurs seraient encore plus prononcés dans les circonstances où un certain importateur se trouverait être le seul dont le quota, exprimé en poids, serait connu.

Outre les désavantages à l'égard des clients, l'affidavit de M. Dawes établit que la connaissance du poids du quota attribué à un concurrent constitue [TRADUCTION] «de précieux renseignements commerciaux qui peuvent servir utilement à déterminer la structure des prix et les stratégies de commercialisation d'un concurrent». Étant donné les renseignements actuels sur le marché, on soutient que la connaissance du quota alloué à chacun des importateurs est le seul renseignement qui manque pour être en mesure d'estimer le niveau des profits et de discerner les stratégies de fixation des prix, les projets de commercialisation et la force financière des concurrents. L'une des conclusions de M. Dawes est la suivante:

[TRADUCTION] ... la divulgation des niveaux des quotas des importateurs individuels, ou du titulaire du quota le plus élevé au Canada au cours d'une année quelconque, causerait à cet importateur des pertes financières. La distinction importante qui ressort des faits de l'espèce, c'est que les pertes et le préjudice subis seront de longue durée:—non pas en ce qui concerne les produits vendus par la compagnie, mais à l'égard

This is because a company's quota entitlement to various varieties and volume within the current regulatory regime is not expected to change in the foreseeable future.

The affidavit of the third party's president confirms the examples of probable harm that would flow from the divulgation of the information sought, and gives specific examples of how, competitors, suppliers and customers could use the information to the third party's detriment.

In contrast the Commissioner has forwarded the expert testimony of Thomas C. Greig, Partner-in-Charge of the International Trade Services Group at Price Waterhouse in Toronto, and former Assistant Deputy Minister of the Customs program in the Federal Department of National Revenue. Mr. Greig has also served as Assistant Deputy Minister, Finance, at the Department of National Defence, and as Executive Vice-President, Finance of M. Loeb Ltd. a wholesale food distributor. After reviewing the affidavits of the respondents Mr. Greig concludes that the release of the information requested "would not result in competitive prejudice or commercial loss or gain to any party participating in the cheese market". Essential to Mr. Greig's findings was his opinion that in a business such as the cheese import business the large players would have a fairly accurate idea of who their major competitors were and what their volume of imports was. He concluded that as the information request did not ask for a breakdown of the largest quota holder's allocation according to variety, country of origin, and quality, nor for the name of the holder, the information revealed could not be used in the manner which the respondents affiants have suggested. Mr. Greig also submitted that his findings would remain the same even if the name of the largest quota holder were revealed, and indeed it was plainly apparent at the hearing that all the parties knew very well the exact identity of the third party. According to Mr. Greig there is no harm in releasing the information, because, by and large it contains nothing new, nothing that would dramatically alter the competitive position of the third party.

de la compétitivité de la compagnie dont les données confidentielles sont divulguées une fois pour toutes, car le quota de la compagnie relativement à divers poids et variétés, sous le régime de réglementation actuel, ne changera vraisemblablement pas dans un avenir prévisible.

a

L'affidavit du président du tiers confirme les exemples de préjudice probable que causerait la divulgation des renseignements recherchés, et il montre de façon précise comment les concurrents, les fournisseurs et les clients pourraient utiliser ces renseignements au détriment du tiers.

b

Par contraste, le Commissaire a présenté le témoignage d'expert de Thomas C. Greig, associé responsable du Groupe Conseils en commerce international de Price Waterhouse à Toronto, et ancien sous-ministre adjoint des programmes douaniers au ministère fédéral du Revenu national.

c

M. Greig a aussi occupé les fonctions de sous-ministre adjoint (Finances) au ministère de la Défense nationale, et il a été vice-président exécutif (Finances) auprès de M. Loeb Ltd., distributeur grossiste d'aliments. Après avoir étudié les affidavits des intimés, M. Greig a conclu que la divulgation des renseignements recherchés [TRANSDUCTION] «ne nuirait pas à la compétitivité des parties qui participent au marché du fromage, ni ne leur causerait des pertes ou profits financiers».

d

Au cœur des conclusions de M. Greig, se trouve son opinion que dans un commerce comme celui de l'importation du fromage, les participants les plus considérables ont une idée assez juste de l'identité de leurs principaux concurrents et de la quantité des importations de ces derniers. Il a conclu que

e

puisque la demande de renseignements ne réclamait pas un état détaillé de ce qui a été accordé au plus important titulaire de quota selon la variété, le pays d'origine et la qualité des fromages, le nom du titulaire et les renseignements qui seraient communiqués ne pourraient pas être utilisés comme le suggèrent les déposants intimés. M. Greig a aussi soutenu que ses conclusions resteraient inchangées

f

même si le nom du titulaire de quota le plus important était révélé, et de fait il était bien évident à l'audience que toutes les parties connaissaient parfaitement l'identité du tiers. Selon M. Greig, il n'y a aucun mal à communiquer les renseignements demandés car, somme toute, ils ne contiennent rien de nouveau, rien qui nuirait de façon frappante à la compétitivité du tiers.

g

h

i

j

Having reviewed the evidence thoroughly, I have some sympathy for Mr. Greig's position, but I do not find it sufficiently refutes the evidence of the respondent's affiants. In particular it does not raise any doubt that could be resolved in the applicant's favour. In fact while the information requested, may not be as informative, or as damaging to the third party, as previous access requests in this matter would have been had they not been refused, it is nevertheless information which by its very nature can be of no use other than to the third party's competitors, suppliers or customers. I do not question the motives of the complainant in making the request, and indeed such matters are rarely relevant at all in access requests. But the nature of the information requested is such that in the final analysis I am compelled to conclude that the best evidence put forward is that of the respondents. Given the nature of the information sought, its potential uses, and the great confidence with which it has been guarded at all times, I find that the respondents have established that a reasonable expectation of probable harm exists regarding its disclosure. For these reasons I find that the respondents have met their burden of proving that the information requested is exempt from disclosure under paragraph 20(1)(c) of the Act.

Paragraph 20(1)(d)

As for the last ground argued, the exemption under paragraph 20(1)(d) of the Act, which only the third party raised before me, I must briefly indicate that it was not satisfactorily proven. Paragraph 20(1)(d) requires proof of a reasonable expectation that actual contractual negotiations other than the daily business operations of the third party will be obstructed by disclosure. Reliance is placed on the strong sense of the words "interfere with" as indicated by the use of the word "entraver" in the French text. (*Saint John Shipbuilding Ltd. v. Canada (Minister of Supply and Services)* (1990), 67 D.L.R. (4th) 315 (F.C.A.). As MacGuigan J.A., states in *Canada Packers Inc. v. Canada (Minister of Agriculture)*, [1989] 1 F.C. 47 (C.A.), at page 55:

Après avoir fait un examen approfondi de la preuve, j'éprouve quelque sympathie pour la position de M. Greig, mais je n'estime pas qu'elle réfute suffisamment la preuve faite par les déposants intimés. Par exemple, elle ne soulève aucun doute qui pourrait aller en faveur du requérant. De fait, bien que les renseignements demandés puissent ne pas être aussi révélateurs ni aussi nuisibles au tiers que ne l'auraient été des demandes de renseignements antérieures en l'espèce si on y avait accédé, il n'en reste pas moins qu'il s'agit de renseignements qui, de par leur nature, ne peuvent servir qu'aux concurrents, aux fournisseurs et aux clients du tiers. Je ne mets pas en question les motifs pour lesquels le plaignant a fait la demande, et de fait ces questions sont rarement pertinentes dans les demandes d'accès à l'information. Mais la nature des renseignements recherchés est telle qu'en dernière analyse, je dois conclure que la meilleure preuve est celle que les intimés ont présentée. Étant donné la nature des renseignements litigieux, leurs utilisations possibles, et la façon dont ils ont toujours été tenus secrets, je conclus que les intimés ont établi l'existence d'un risque vraisemblable de préjudice probable s'ils devaient être divulgués. Pour ces motifs, je conclus que les intimés se sont déchargés de l'obligation qui était la leur de prouver que les renseignements demandés échappent à la communication en vertu de l'alinéa 20(1)c) de la Loi.

L'alinéa 20(1)d)

Pour ce qui est du dernier moyen que l'on a fait valoir, l'exception visée à l'alinéa 20(1)d) de la Loi, que seul le tiers a soulevé en ma présence, je dois expliquer brièvement qu'il n'en a pas fait la preuve de façon satisfaisante. L'alinéa 20(1)d) exige la preuve que la communication des renseignements recherchés risquerait vraisemblablement d'entraver les négociations menées par le tiers en vue de contrats, mises à part ses activités commerciales journalières. On s'appuie sur la force des mots «interfere with» dans la version anglaise de la Loi, reflétée par le verbe «entraver» dans la version française. (Voir l'arrêt *Saint John Shipbuilding Ltd. c. Canada (Ministre des Approvisionnements et Services)* (1990), 67 D.L.R. (4th) 315 (C.A.F.). Comme l'a dit le juge MacGuigan, J.C.A., dans l'arrêt *Canada Packers Inc. c. Canada (Ministre de l'Agriculture)*, [1989] 1 C.F. 47 (C.A.), à la page 55:

With respect to paragraph 20(1)(d), I accept the submission of the Information Commissioner that this paragraph is intended to catch contractual situations not covered by paragraph 20(1)(c) and hence can have no application to day-to-day sales such as are principally in question in the domestic meat industry. It may, however, have some relevance with respect to international sales

As this case deals with the cheese import business, Mr. Justice MacGuigan's caveat with respect to international sales is not applicable. While some evidence was tendered in the Dawes affidavit of the possible effect of disclosure on international contracts generally, and while hypothetical problems concerning foreign suppliers and local customers were raised in the third party's affidavit, these are not sufficient to establish a reasonable expectation that any particular contract or negotiations will be obstructed by disclosure. Consequently the grounds for exemption under paragraph 20(1)(d) have not been demonstrated.

However as the respondents have demonstrated that the requested information is exempted from disclosure under paragraphs 20(1)(b) and (c) of the Act, this application and the order requested by the Information Commissioner must be denied.

Pour ce qui est de l'alinéa 20(1)d), je souscris à l'argument du Commissaire à l'information selon lequel cet alinéa porte sur des cas contractuels qui ne sont pas visés à l'alinéa 20(1)c), et, en conséquence, ne s'applique pas aux ventes quotidiennes, qui sont considérables dans l'industrie intérieure de la viande. Toutefois, il peut être quelque peu pertinent pour ce qui est des ventes internationales

Comme la présente affaire porte sur le commerce d'importation des fromages, la mise en garde du juge MacGuigan au sujet des ventes internationales ne s'applique pas. L'affidavit de M. Dawes contient bien quelques éléments de preuve sur les conséquences possibles de la divulgation sur les contrats internationaux en général, et dans son affidavit, le tiers a soulevé des problèmes hypothétiques au sujet des fournisseurs étrangers et des clients locaux, mais ils sont insuffisants pour établir que la divulgation des renseignements en cause risquerait vraisemblablement d'entraver des négociations ou des contrats particuliers. Conséquemment, l'existence des motifs d'exemption visés à l'alinéa 20(1)d) n'a pas été prouvée.

Cependant, comme les intimés ont démontré que les renseignements recherchés échappent à la communication en vertu des alinéas 20(1)b) et c) de la Loi, cette demande et l'ordonnance sollicitée par le Commissaire à l'information doivent être rejetées.

T-2182-86

T-2182-86

Mondel Transport Inc. (Plaintiff)

v.

Afram Lines Ltd. (Defendant)

and

Afram Lines Ltd. (Cross-plaintiff)

v.

Mondel Transport Inc. and Her Majesty the Queen in Right of Canada (Cross-defendants)*INDEXED AS: MONDEL TRANSPORT INC. v. AFRAM LINES LTD. (T.D.)*

Trial Division, Addy J.—Montréal, April 18; Ottawa, September 14, 1990.

Maritime law — Torts — Action to recover legal costs and expenses incurred to obtain judicial release of cargo illegally seized by carrier — Common law tort of abuse of process applicable to admiralty claims provided bad faith or malicious purpose without justification — Action allowed — Carrier knew had no right to seize cargo and plaintiff forced to either pay freight or institute proceedings to release cargo — Perversion of legal process to thus extort money — Plaintiff's action to obtain release of cargo justified — Action for freight based on allegation owner and plaintiff aware of claim bills of lading fraudulent when paid dismissed — No evidence other parties agreed to insertion of "freight to be paid in full prior to delivery" in bills of lading — Not established owner and plaintiff aware bills of lading unauthorized before paying.

This was an action for damages for the expenses incurred by Mondel in attending at Abidjan to obtain the judicial release of cargo and a cross-claim for the payment of freight for the transportation by ship of a cargo of canola oil. The charter-party agreement between Mondel and the cargo owner provided that payment would be made five days after completion. Back-to-back agreements for the ocean carriage portion of the agreement were entered into between Mondel and Merchants and Merchants and Afram. Although Afram knew that the same terms and conditions as in the sea freight portion of the charter-party applied, the bills of lading it issued after Mondel and Merchants had been paid contained the words "freight pre-paid" as well as "freight to be paid in full prior to delivery of the cargo". The latter clause was typed on a different typewriter from the rest of the bill. "Freight pre-paid" merely

Mondel Transport Inc. (demanderesse)

c.

^a **Afram Lines Ltd. (défenderesse)**

et

^b **Afram Lines Ltd. (demanderesse reconventionnelle)**

c.

^c **Mondel Transport Inc. et Sa Majesté la Reine du Chef du Canada (défenderesses reconventionnelles)***RÉPERTORIÉ: MONDEL TRANSPORT INC. c. AFRAM LINES LTD. (1^{re} INST.)*^d Section de première instance, juge Addy—Montréal, 18 avril; Ottawa, 14 septembre 1990.

Droit maritime — Responsabilité délictuelle — Action en vue de recouvrer les frais juridiques et les dépens engagés pour obtenir la libération judiciaire d'une cargaison saisie illégalement par le transporteur — Le délit de l'abus de procédure, qui est reconnu en common law, s'applique aux recours en amirauté, pourvu que l'on ait établi la mauvaise foi ou une intention malveillante non justifiée — Action accueillie — Le transporteur savait qu'il n'avait pas le droit de saisir la cargaison et la demanderesse s'est vu forcée soit de payer le fret, soit d'engager des procédures pour obtenir la mainlevée de la saisie — Travestissement de la justice pour extorquer de l'argent de cette façon — L'action que la demanderesse a intentée en vue d'obtenir la mainlevée de la saisie de la cargaison est justifiée — L'action en paiement du fret fondée sur le motif que le propriétaire et la demanderesse savaient que les connaissements étaient entachés de fraude au moment du paiement est rejetée — Il n'a pas été établi que d'autres parties ont accepté l'insertion de la clause «le fret doit être payé intégralement avant la livraison de la cargaison» dans les connaissements — Il n'a pas été établi que le propriétaire et la demanderesse savaient que les connaissements n'étaient pas autorisés avant de payer.

^e ^f ^g ^h ⁱ ^j Il s'agit d'une action en dommages-intérêts en vue de recouvrer les frais que Mondel a engagés pour se rendre à Abidjan afin d'obtenir la libération judiciaire de la cargaison et d'une demande reconventionnelle visant à obtenir le paiement du fret se rapportant au transport par voie maritime d'une cargaison d'huile de colza canola. Selon le contrat d'affrètement conclu entre Mondel et le propriétaire de la cargaison, le paiement devait être fait cinq jours après la livraison. Des ententes correspondantes se rapportant à la partie maritime du contrat de transport ont été conclues entre Mondel et Merchants et entre Merchants et Afram. Même si Afram savait que des conditions identiques à celles qui se trouvaient dans la partie du contrat d'affrètement se rapportant au fret s'appliquaient, les connaissements qu'elle a établis après que Mondel et Merchants ont été payés renfermaient les mots «fret payé à

indicates that the carrier renounces its normal right to consider the cargo as security for the payment of freight. The cargo manifest also showed "freight pre-paid". Upon arrival at Abidjan, Afram refused to release the cargo on the grounds that the freight had not been paid and that the bills of lading given to Mondel by Merchants were fraudulent as they had not been signed by Afram nor by an authorized agent. Afram informed the owner and Mondel that it intended to dispose of part of the cargo by judicial sale. Mondel sent a solicitor and two company representatives to Abidjan to obtain a judicial release of the seized cargo. The first written communication regarding the unauthorized bills of lading to the owner or Mondel was dated five days after the owner had paid Mondel and four days after Mondel had paid Merchants. Afram alleged that the owner and Mondel had failed to ascertain whether Merchants had authority to sign the bills of lading on Afram's vessel after having been advised that they were fraudulent, that they failed to protect the freight monies from the illegal acts of Merchants, and that they illegally benefited from same knowing that the bills of lading were fraudulent. The issues were whether the owner, when it paid Mondel and when Mondel paid Merchants, knew that Afram was claiming that the bills of lading were fraudulent and whether Mondel was entitled to reimbursement of its legal costs.

Held, the action claiming damages for the tort of abuse of process should be allowed; the action for freight should be dismissed.

Afram did not establish that the owner and Mondel had been advised, before paying the freight, that the bills of lading to Mondel by Merchants were unauthorized. They were advised after payment had been made to Merchants. The cargo manifest was substantial evidence of the understanding between the freight forwarder and the carrier when the cargo was being loaded that the latter would not be looking to the cargo as security for the payment of the freight. There is no evidence that the other parties agreed to the insertion of the contradictory expression: "freight to be paid in full prior to delivery of cargo". The claims of unjust enrichment were unfounded as neither the owner nor Mondel benefited since they had paid the freight charges.

There was no contract between Afram and either Mondel or the owner. Mondel therefore had to base its claim for reimbursement of expenses in tort. The tort of abuse of process, for which damages, including exemplary damages, can be claimed, has a narrow scope and bad faith or improper or malicious purpose without any justification for launching a judicial proceeding must be established. All legal costs and expenses reasonably incurred in defending or prosecuting another action are recoverable at law. The common law tort of abuse of process applies to claims in admiralty, in view of the principle of *restitutio in integrum* which received greater recognition in admiralty courts than at common law, by reason of the former's adoption of certain civil law principles. Afram knew that the

l'avance» et la clause «le fret doit être payé intégralement avant la livraison de la cargaison». Cette dernière clause a été dactylographiée à l'aide d'une machine à écrire différente de celle qui a été utilisée pour le reste du connaissement. Les mots «fret payé à l'avance» indiquent seulement que le transporteur renonce à son droit normal d'utiliser la cargaison comme garantie du paiement du fret. Ces mots apparaissent également sur le manifeste de la cargaison. Lorsque la cargaison est arrivée à Abidjan, Afram a refusé de la remettre, pour le motif que le fret n'avait pas été payé et que les connaissements que Merchants avait donnés à Mondel étaient entachés de fraude, puisqu'ils n'avaient été signés ni par Afram ni par un mandataire autorisé. Afram a avisé le propriétaire et Mondel qu'elle avait l'intention de se départir d'une partie de la cargaison par vente judiciaire. Mondel a envoyé un avocat et deux représentants de son entreprise à Abidjan pour obtenir une mainlevée de la saisie par les tribunaux. La première communication écrite adressée au propriétaire ou à Mondel au sujet des connaissements non autorisés a été faite cinq jours après que le propriétaire a payé Mondel et quatre jours après que celle-ci a payé Merchants. Afram a allégué que le propriétaire et Mondel avaient omis de déterminer si Merchants était autorisée à signer les connaissements sur le navire d'Afram après avoir appris qu'ils étaient entachés de fraude, qu'ils ont omis de protéger l'argent du fret des actes illégaux de Merchants et qu'ils ont bénéficié illégalement de ces actes, sachant que les connaissements étaient frauduleux. Les questions en litige consistaient à savoir si le propriétaire, lorsqu'il a payé Mondel et que celle-ci a payé Merchants, savait qu'Afram soutenait que les connaissements étaient entachés de fraude et si Mondel avait droit au remboursement de ses frais juridiques.

Jugement: l'action en dommages-intérêts fondée sur le délit de l'abus de procédure devrait être accueillie et l'action en paiement du fret devrait être rejetée.

Afram n'a pas établi que le propriétaire et Mondel avaient été avisés, avant de payer le fret, du fait que les connaissements que Merchants a remis à Mondel n'étaient pas autorisés. Ils ont été informés de ce fait après le paiement à Merchants. Le manifeste de cargaison était une preuve importante du fait que, lors du chargement de la cargaison, l'entente entre l'expéditeur de fret et le transporteur était que celui-ci ne se servirait pas de la cargaison comme garantie du paiement du fret. Il n'y a aucune preuve indiquant que les autres parties ont accepté l'insertion de la clause contradictoire «le fret doit être payé intégralement avant la livraison de la cargaison». Les allégations d'enrichissement sans cause n'étaient pas fondées, étant donné que ni Mondel ni le propriétaire n'ont joui d'un avantage, puisqu'ils ont payé les frais de fret.

Il n'y avait pas de contrat entre Afram et Mondel ou entre Afram et le propriétaire. Mondel devait donc fonder sa demande de remboursement des frais sur un délit. Le délit de l'abus de procédure pour lequel une indemnité, y compris des dommages-intérêts exemplaires, peut être réclamée a une portée restreinte et il faut établir la mauvaise foi ou l'existence d'une intention inappropriée ou malveillante non fondée à l'appui des poursuites judiciaires intentées. Tous les frais et dépens raisonnables engagés pour contester ou poursuivre une action peuvent être recouverts en droit. Le délit de l'abus de procédure reconnu en common law s'applique aux recours en amirauté, compte tenu du principe de la *restitutio in integrum*, qui a été reconnu davantage en droit de l'amirauté qu'en

goods were to be shipped freight pre-paid and of the terms of payment agreed upon between the owners and Mondel. It must have realized that it had no legal right to seize the cargo or freight. It must also have known that Mondel would be forced to either pay the freight or immediately institute proceedings in Abidjan to obtain the release of the cargo from seizure. Legal process was perverted to extort money from Mondel and the owner which neither of these parties was legally obliged to pay. The seizure and threat of immediate sale of the cargo was commercial blackmail. Mondel was fully justified in taking all reasonable steps to obtain the release of the cargo in order to avoid immediate serious financial loss and considerable loss of goodwill and business. Notwithstanding that recovery of all reasonable legal costs and expenses are rarely recoverable as damages, Afram is liable to Mondel for same.

common law, en raison de l'adoption par les tribunaux de l'amirauté de certains principes de droit civil. Afram savait que le fret devait être payé avant l'expédition des marchandises et elle était au courant des conditions de paiement convenues entre les propriétaires et Mondel. Elle a dû comprendre qu'elle n'avait pas le droit de saisir la cargaison ou le fret. Elle devait également savoir que Mondel serait forcée de payer le fret ou d'engager immédiatement des procédures à Abidjan pour obtenir la mainlevée de la saisie. On a utilisé la procédure judiciaire de façon abusive pour extorquer de Mondel et du propriétaire une somme d'argent que ni l'une ni l'autre de ces parties n'étaient légalement tenues de payer. La saisie de la cargaison et la menace de vendre immédiatement celle-ci constituaient une forme de chantage commercial. Mondel était entièrement justifiée de prendre toutes les mesures raisonnables pour obtenir la mainlevée de la saisie afin d'éviter un préjudice financier important dans l'immédiat et une perte considérable d'achalandage et de possibilités contractuelles pour l'avenir. Même s'il est rarement possible de recouvrer comme dommages-intérêts tous les dépens et les frais juridiques raisonnables, Afram est tenue de les rembourser à Mondel.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

The Torsol (1938), 61 Ll. L. Rep. 207 (Adm. Div.); *Xenos v. Aldersley—The Evangelismos*, [1878] 12 Moo. 352; (1878), 14 E.R. 945 (P.C.); *Turnbull v. Owners of Ship "Strathnaver"* (1875), 1 App. Cas 58 (P.C.); *Guilford Industries Ltd. v. Hankinson Management Services Ltd. et al.* (1973), 40 D.L.R. (3d) 398; [1974] 1 W.W.R. 141 (B.C.S.C.); *Vantage Navigation Corporation v. Suhail and Saud Bahwan Building Materials LLC (The Alev)*, [1989] 1 Lloyd's Rep. 138 (Q.B.).

DISTINGUISHED:

Hammond v. Bussey (1887), 20 Q.B.D. 79 (C.A.); *Weinstein et al. v. A.E. LePage (Ontario) Ltd. et al.* (1984), 47 O.R. (2d) 126; 10 D.L.R. (4th) 717; 4 O.A.C. 234; 34 R.P.R. 63 (C.A.); *Agius v. Great Western Colliery Company*, [1899] 1 Q.B. 413 (C.A.); *Kasler and Cohen v. Slavouski*, [1928] 1 K.B. 78; *Crispin & Co. v. Evans, Coleman & Evans Ltd.* (1922), 31 B.C.R. 328; 68 D.L.R. 623; [1922] 3 W.W.R. 264 (S.C.); *Hadley v. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341.

CONSIDERED:

Atland Containers Ltd. v. Macs Corp. Ltd. et al. (1974), 7 O.R. (2d) 107; 54 D.L.R. (3d) 363; 17 C.P.R. (2d) 16 (H.C.).

REFERRED TO:

Chastine Maersk (The) v. Trans-Mar Trading Co. Ltd., T-1357-74, Mahoney J., judgment dated 6/11/74, F.C.T.D., not reported; *C.P. Ships v. Les Industries Lyon Corduroys Ltée*, [1983] 1 F.C. 736; (1982), 21 B.L.R. 185; 44 C.B.R. (N.S.) 163 (T.D.); *The Eudora* (1879), 4 P.D. 208.

JURISPRUDENCE

d

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

The Torsol (1938), 61 Ll. L. Rep. 207 (Adm. Div.); *Xenos v. Aldersley—The Evangelismos*, [1878] 12 Moo. 352; (1878), 14 E.R. 945 (P.C.); *Turnbull v. Owners of Ship "Strathnaver"* (1875), 1 App. Cas 58 (P.C.); *Guilford Industries Ltd. v. Hankinson Management Services Ltd. et al.* (1973), 40 D.L.R. (3d) 398; [1974] 1 W.W.R. 141 (C.S.C.-B.); *Vantage Navigation Corporation v. Suhail and Saud Bahwan Building Materials LLC (The Alev)*, [1989] 1 Lloyd's Rep. 138 (Q.B.).

f

DISTINCTION FAITE AVEC:

Hammond v. Bussey (1887), 20 Q.B.D. 79 (C.A.); *Weinstein et al. v. A.E. LePage (Ontario) Ltd. et al.* (1984), 47 O.R. (2d) 126; 10 D.L.R. (4th) 717; 4 O.A.C. 234; 34 R.P.R. 63 (C.A.); *Agius v. Great Western Colliery Company*, [1899] 1 Q.B. 413 (C.A.); *Kasler and Cohen v. Slavouski*, [1928] 1 K.B. 78; *Crispin & Co. v. Evans, Coleman & Evans Ltd.* (1922), 31 B.C.R. 328; 68 D.L.R. 623; [1922] 3 W.W.R. 264 (C.S.); *Hadley v. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341.

h

DÉCISION EXAMINÉE:

Atland Containers Ltd. v. Macs Corp. Ltd. et al. (1974), 7 O.R. (2d) 107; 54 D.L.R. (3d) 363; 17 C.P.R. (2d) 16 (H.C.).

i

DÉCISIONS CITÉES:

Chastine Maersk (Le) c. Trans-Mar Trading Co. Ltd., T-1357-74, motifs du juge Mahoney, jugement en date du 6-11-74, C.F. 1^{re} inst., non publié; *C.P. Ships c. Les Industries Lyon Corduroys Ltée*, [1983] 1 C.F. 736; (1982), 21 B.L.R. 185; 44 C.B.R. (N.S.) 163 (1^{re} inst.); *The Eudora* (1879), 4 P.D. 208.

COUNSEL:

Andrew J. Ness for plaintiff/cross-defendant.

David G. Colford for defendant/cross-plaintiff. ^a

Danièle Dion for cross-defendant Her Majesty the Queen.

SOLICITORS:

Marler, Sproule & Pilote, Montréal, for plaintiff/cross-defendant.

Brisset Bishop Davidson, Montréal, for defendant/cross-plaintiff. ^c

Deputy Attorney General of Canada for cross-defendant Her Majesty the Queen.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

ADDY J.: The action involves the payment of freight for the ocean voyage portion of the transportation of a cargo of canola oil sent to Africa by CIDA through the Department of Supply and Services (DSS).

Following a successful tender, the plaintiff ^f “Mondel” had obtained a contract from Her Majesty the Queen through DSS to transport the cargo from the Port of Montréal to the Port of Abidjan, Ivory Coast, and thereafter by road to the States of Burkina Faso and Niger. In accordance with the agreement, Mondel entered into a charter-party agreement with DSS. Mondel then entered into a back-to-back agreement with Merchants North America Shipping Limited, hereinafter called “Merchants”, for the ocean carriage portion of the agreement. Merchants undertook to comply with all the terms and conditions of the Mondel-DSS charter-party except for the rate of freight. Shortly after, Merchants entered into a fixture with Afram Lines Limited, hereinafter referred to as “Afram”, for the ocean carriage portion of the said cargo from Montréal to the Port of Abidjan. Bills of lading were subsequently issued covering this agreement. ^j

AVOCATS:

Andrew J. Ness pour la demanderesse/défenderesse reconventionnelle.

David G. Colford pour la défenderesse/demanderesse reconventionnelle.

Danièle Dion pour la défenderesse reconventionnelle Sa Majesté la Reine.

^b PROCUREURS:

Marler, Sproule & Pilote, Montréal, pour la demanderesse/défenderesse reconventionnelle.

Brisset Bishop Davidson, Montréal, pour la défenderesse/demanderesse reconventionnelle.

Le sous-procureur général du Canada pour la défenderesse reconventionnelle Sa Majesté la Reine.

^d *Voici les motifs du jugement rendus en français par*

LE JUGE ADDY: La présente action porte sur le paiement du fret se rapportant à la partie maritime du transport d'une cargaison d'huile de colza canola que l'ACDI a envoyée en Afrique par l'entremise du ministère des Approvisionnements et Services (MAS). ^e

Après avoir soumis une offre qui a été retenue, la demanderesse «Mondel» a obtenu de Sa Majesté la Reine, par l'entremise du MAS, une entente relative au transport de la cargaison du port de Montréal au port d'Abidjan, en Côte d'Ivoire, et par la suite, par voie terrestre aux États de Burkina Faso et du Niger. Conformément à l'entente, Mondel a conclu un contrat d'affrètement avec le MAS. Elle a ensuite conclu une entente correspondante avec Merchants North America Shipping Limited, ci-après appelée «Merchants», relativement à la partie maritime du transport. Merchants s'est engagée à se conformer à toutes les conditions du contrat d'affrètement conclu entre Mondel et le MAS, sauf en ce qui a trait au taux de fret. Peu de temps après, Merchants a conclu un contrat de prêt à court terme avec Afram Lines Limited, ci-après appelée «Afram», relativement à la partie maritime du transport de ladite cargaison de Montréal au port d'Abidjan. Des connaissements ont subséquemment été établis relativement à cette entente. ^j

When the shipment arrived at Abidjan, Afram refused to deliver it on the grounds that payment of the freight had not been tendered to it and that the bills of lading presented by the agents from Mondel, which bills had been given to Mondel by Merchants, had not been signed by Afram or by any person authorized by Afram. This fact has been admitted by the parties. Afram characterized the bills presented by Merchants as being fraudulent.

DSS paid Mondel who in turn paid Merchants but the latter never paid and refused to pay Afram because of some serious disputes between them. Afram then informed Mondel and DSS that, to satisfy its claim for freight, it intended to dispose of part of the cargo by judicial sale in Abidjan unless freight was paid forthwith. Mondel was put on notice by DSS that unless the cargo was released, DSS would draw on a letter of credit posted by Mondel pursuant to its contract and would also hold it responsible for all damages caused by non-delivery.

As a result, Mondel sent one of its solicitors and two company representatives to Abidjan in order to obtain a judicial release of the seized cargo. Mondel's attorney applied to a court on the Ivory Coast for the immediate release of the cargo and was successful in obtaining it.

The claims advanced by the parties may be summarized as follows:

Mondel claims from Afram the sum of \$79,104.88 for expenses incurred in attending at Abidjan to obtain the judicial release of the cargo. Afram in turn denies liability and claims from Mondel and also from DSS the amount of \$179,440 U.S. (or \$251,220.60 Can.), for freight. This claim is based on allegations that Mondel and DSS had failed to ascertain whether Merchants had authority to sign the bills of lading on Afram's vessel after having been advised that they were fraudulent, that they failed to adopt measures to protect the freight monies from the illegal and fraudulent acts of Merchants and that they illegal-

Lorsque la cargaison est arrivée à Abidjan, Afram a refusé de la livrer, pour le motif qu'elle n'avait pas reçu le paiement du fret et que ni Afram ni une personne autorisée par celle-ci n'avaient signé les connaissements que Mondel a reçus de Merchants et que les mandataires de Mondel ont présentés. Les parties ont admis ce fait. Afram a soutenu que les connaissements présentés par Merchants étaient entachés de fraude.

Le MAS a payé Mondel qui, à son tour, a payé Merchants, mais celle-ci n'a jamais payé et a refusé de payer Afram, en raison de graves conflits qui les opposaient. Afram a donc avisé Mondel et le MAS que, afin d'obtenir le paiement de sa créance relative au fret, elle avait l'intention de disposer d'une partie de la cargaison par vente judiciaire à Abidjan, à moins de recevoir le paiement immédiat du fret. Le MAS a fait savoir à Mondel que, à moins que les marchandises ne soient libérées, il prélèverait des sommes d'argent à même la lettre de crédit que Mondel avait déposée conformément à son contrat et qu'il la tiendrait également responsable du préjudice découlant de la non-livraison.

Par la suite, Mondel a envoyé un de ses avocats et deux de ses représentants à Abidjan pour obtenir une mainlevée judiciaire de la saisie. L'avocat de Mondel a présenté une demande devant un tribunal de la Côte d'Ivoire en vue d'obtenir la mainlevée immédiate de la saisie de la cargaison et sa demande a été acceptée.

Les revendications des parties peuvent se résumer comme suit.

Mondel réclame de la société Afram la somme de 79 104,88 \$ à l'égard des frais qu'elle a engagés pour obtenir la mainlevée de la saisie à Abidjan. Afram nie être responsable et réclame de Mondel ainsi que du MAS la somme de 179 440 \$ U.S. (ou 251 220,60 \$ CAN) pour le fret, soutenant que ceux-ci ont omis de vérifier si Merchants était autorisée à signer les connaissements sur le navire d'Afram après avoir été avisés qu'ils étaient entachés de fraude, qu'ils ont omis d'adopter des mesures visant à protéger l'argent du fret des actes frauduleux et illégaux de Merchants et qu'ils ont bénéficié illégalement desdits actes, puisqu'ils

ly benefited from same knowing or being in a position to know that the bills of lading were fraudulent.

The cargo destined for Abidjan had left the Port of Montréal on board the ship *Philippi* which had been chartered by and was operated on behalf of Afram. The cargo was seized on arrival in Abidjan on January 16, 1986, by Afram following an *ex parte* court order obtained by it from the local tribunal, as such seizures cannot be effected in Niger without court authorization. The order releasing the cargo was obtained on February 13. Meanwhile, on February 7, the major part of the cargo was voluntarily released from seizure by Afram as the amount of cargo originally seized was clearly excessive, having regard to the amount claimed for freight.

The parties admitted that the bill of lading presented by Merchants to Mondel and then by it to DSS and on the basis of which DSS paid Mondel who in turn paid Merchants was not in fact a bill authorized by the Master of the *Philippi* or by any authorized agent of Afram. Counsel for Afram, however, readily conceded that Mondel could not be faulted for having, when presented with the bills of lading, failed to check the actual authority of the person purporting to sign a bill of lading on behalf of Merchants, it being accepted by the parties that persons engaged in shipping would not be expected to do so, unless there existed some special cause for concern, as the carrying on of business would become impossible in view of the hundreds of bills of lading being issued every day.

The original contract with DSS provided the bills of lading were to be in the Baltimore "C" form and that payment would be made by DSS five days after all work was completed or five days after substantiating documents were received, whichever would be the later. Afram well knew this when it entered into its agreement with Merchants and knew that it was to be entering into a back-to-back agreement in conformity with Merchants' agreement with Mondel and the latter's agreement with DSS. In other words, Afram knew and in effect confirmed that it was booking sea freight on a back-to-back basis on the same terms

savaient ou étaient en mesure de savoir que les connaissements étaient entachés de fraude.

^a La cargaison destinée à être envoyée à Abidjan avait quitté le port de Montréal à bord du navire *Philippi*, qui avait été affrété par Afram et était exploité au nom de celle-ci. Dès l'arrivée du navire à Abidjan le 16 janvier 1986, Afram a saisi la cargaison après avoir obtenu du tribunal local une ordonnance *ex parte*, étant donné que ces saisies ne peuvent être faites au Niger sans l'autorisation du tribunal. L'ordonnance de mainlevée de la saisie a été obtenue le 13 février. Entre-temps, le 7 février, Afram a libéré volontairement la majeure partie de la cargaison, étant donné que la quantité initialement saisie était nettement exagérée, compte tenu du montant réclamé à l'égard du fret.

^d De l'aveu des parties, le connaissement que Mondel a présenté au MAS après l'avoir obtenu de Merchants et sur la foi duquel elle a payé Merchants après avoir elle-même été payée par le MAS n'était pas un connaissement qu'avait approuvé le capitaine du *Philippi* ou un mandataire autorisé d'Afram. Cependant, l'avocat d'Afram a admis aisément qu'on ne pouvait reprocher à Mondel d'avoir omis de vérifier, lorsqu'elle a reçu les connaissements, le pouvoir réel de la personne qui a prétendu les signer au nom de Merchants, les parties reconnaissant que les personnes œuvrant dans le domaine de l'expédition ne procèdent normalement pas à ce genre de vérification, à moins qu'il n'existe une cause de préoccupation spéciale, car la poursuite des activités deviendrait impossible, compte tenu des centaines de connaissements établis chaque jour.

^h Selon le contrat initial conclu avec le MAS, les connaissements devaient être établis selon la formule Baltimore «C» et le MAS devait payer cinq jours après l'exécution de la totalité du travail ou cinq jours après la réception des documents justificatifs, selon la plus tardive des deux dates. Afram était bien au courant de ces conditions lorsqu'elle a conclu son entente avec Merchants et elle savait qu'elle conclurait une entente correspondante conforme aux contrats intervenus entre Merchants et Mondel et entre cette dernière et le MAS. En d'autres termes, Afram savait et elle a effectivement confirmé qu'elle réservait des services de

and conditions as in the sea freight portion of the charter-party. Afram had a copy of this charter-party.

There is no evidence or issue that the Baltimore "C" form bill of lading signed by Merchants was in any way inaccurate as to the amount or nature of the cargo being shipped. The agents for Merchants presented the bills to Mondel on December 22, 1985 and the latter presented same to DSS on or about the 23rd.

The main dispute governing this action turns on the question of whether DSS when it paid Mondel and when Mondel paid Merchants on the basis of the bills of lading, knew that Afram was claiming them to be unauthorized or fraudulent. I find that DSS paid Mondel on January 8 and the latter paid Merchants on the following day.

Afram did not issue Baltimore "C" forms and bills of lading as provided for in the charter-party but issued special bills in a form apparently required by the owners of the ship and the insurers. The bills did not incorporate the terms and conditions of the DSS tender as required by DSS charter-party and Afram had in fact planned to carry part of the cargo on deck although it well knew that below deck carriage was required by DSS. The Afram bills are dated December 22, 1985 but they were only actually issued on January 13, 1986.

I entertain some serious reservations regarding the evidence of the witness Bott and I am not prepared to find that he was, as he claimed, in contact with DSS and Mondel on January 7, or at any time previous to payment by Mondel on January 9, regarding the unauthorized bills of lading presented by Merchants or that he in fact told them previous to that time that the bills were fraudulent. The first written communication in any way pertaining to this is dated January 13. Both Mr. Lambert and Mr. Delorme testified that they had not received any notice from Afram until after freight had been paid to Merchants. It is

transport maritime conformément à une entente correspondante dont les conditions étaient identiques à celles de la partie maritime du contrat d'affrètement. Afram avait une copie de ce contrat d'affrètement.

Il n'a pas été prouvé que le connaissance de type Baltimore «C» que Merchants a signé était inexact quant au montant ou quant à la nature de la cargaison expédiée et cette question n'a pas fait l'objet de contestation. Les mandataires de Merchants ont présenté les connaissements à Mondel le 22 décembre 1985 et celle-ci les a soumis au MAS vers le 23.

La principale controverse dans le présent litige porte sur la question de savoir si le MAS savait, lorsqu'il a payé Mondel et que celle-ci a payé Merchants sur la foi des connaissements, que la société Afram soutenait qu'ils étaient entachés de fraude ou qu'ils n'étaient pas autorisés. Je constate que le MAS a payé Mondel le 8 janvier et que celle-ci a payé Merchants le lendemain.

Afram n'a pas préparé de connaissance de type Baltimore «C», comme l'exigeait la charte-partie, mais elle a établi des connaissements spéciaux selon la forme qu'exigeaient apparemment les propriétaires du navire et les assureurs. Les connaissements ne comportaient pas les conditions de l'offre du MAS, contrairement à ce qui était stipulé dans la charte-partie du MAS, et Afram comptait effectivement transporter une partie de la marchandise sur le pont, même si elle savait très bien que le MAS avait demandé le transport sous le pont. Les connaissements de la société Afram portent la date du 22 décembre 1985, mais ils n'ont été établis que le 13 janvier 1986.

J'ai de sérieux doutes au sujet du témoignage de M. Bott et je ne suis pas prêt à conclure, contrairement à ce qu'il a soutenu, qu'il a parlé aux gens du MAS et de Mondel le 7 janvier ou en tout temps avant le paiement fait par celle-ci le 9 janvier, au sujet des connaissements non autorisés que Merchants a présentés, ou qu'il leur a effectivement dit avant ce moment-là que les connaissements étaient entachés de fraude. La première communication écrite qui porte sur cette question est en date du 13 janvier. M. Lambert et M. Delorme ont dit tous deux au cours de leur témoignage qu'ils n'avaient reçu aucun avis de la société

indeed difficult to conceive that anybody at DSS would, without any inquiry, pay the freight to Mondel or that Mondel would in turn pay it to Merchants at a time when the carrier Afram was claiming that Merchants' bills of lading were fraudulent. It is equally difficult to understand why, if Afram became aware that Merchants had presented or intended to present fraudulent bills of lading, it would not have immediately advised both Mondel and DSS of that fact by some written communication. It is clear from documents that as late as January 3, 1986, Afram was still looking to Merchants for payment and it was only some time subsequently that Afram decided to look to DSS and to Mondel or the consignee.

Even the bills issued by Afram and on which it bases its defence to Mondel's action and its claims in its own action, contained the words "freight pre-paid". This, of course, does not mean that the carrier has actually been paid but merely indicates that it renounces its normal right to consider the cargo as security for the payment of freight. See *Chastine Maersk (The) v. Trans-Mar Trading Co. Ltd.*, unreported judgment of Mahoney J. dated November 6, 1974, file T-1357-74; *C.P. Ships v. Les Industries Lyon Corduroys Ltée*, [1983] 1 F.C. 736 (T.D.).

Afram sought to rely on some American jurisprudence to the effect that, although the owner of the goods and the freight forwarder could rely on the endorsement "freight pre-paid", a court can find that there is nonetheless an implied contract between the carrier and the consignee which precludes the latter from refusing to pay on delivery and will allow the carrier to claim a lien and seize the goods as security for payment of freight. I refrain from commenting on whether this principle would be recognized by our courts, since in the case at bar, the consignee and Mondel or its assignee as a transporter happen to be the same person, as the shipment was to be delivered to the ultimate consignees only following the journey by road to its final destination.

Afram avant le paiement du fret à Merchants. Il est effectivement difficile de concevoir qu'une personne du MAS paierait, sans enquête, le montant du fret à Mondel ou que celle-ci le paierait à Merchants à un moment où le transporteur Afram soutenait que les connaissements étaient entachés de fraude. Il est également difficile de comprendre pourquoi, si Afram a appris que Merchants avait présenté ou qu'elle avait l'intention de présenter des connaissements entachés de fraude, elle n'a pas avisé immédiatement Mondel et le MAS de ce fait par écrit. Il appert manifestement des documents que, même le 3 janvier 1986, Afram cherchait encore à se faire payer par Merchants et ce n'est que quelque temps après qu'elle a décidé de présenter sa demande de paiement au MAS et à Mondel ou au consignataire.

Même les connaissements que la société Afram a établis et sur lesquels elle se fonde pour contester l'action de Mondel et formuler des réclamations dans sa propre action renfermaient les mots «fret payé à l'avance». Évidemment, cela ne signifie pas que le transporteur a effectivement été payé; cela indique simplement qu'il renonce à son droit normal de conserver la cargaison comme garantie du paiement du fret. Voir l'arrêt *Chastine Maersk (Le) c. Trans-Mar Trading Co. Ltd.*, jugement non publié du juge Mahoney en date du 6 novembre 1974, dossier T-1357-74; *C.P. Ships c. Les Industries Lyon Corduroys Ltée*, [1983] 1 C.F. 736 (1^{re} inst.).

Afram a invoqué certains arrêts américains selon lesquels, même si le propriétaire des marchandises et l'expéditeur peuvent se fonder sur les mots «fret payé à l'avance» inscrits à l'endos, il sera quand même loisible à un tribunal de conclure qu'il existait entre le transporteur et le consignataire une entente interdisant à celui-ci de refuser de payer sur livraison; le tribunal permettra alors au transporteur de revendiquer un privilège et de saisir les marchandises en garantie du paiement du fret. Je ne formulerai aucun commentaire sur la question de savoir si ce principe serait reconnu par nos tribunaux, étant donné que, en l'espèce, le consignataire et Mondel ou son cessionnaire, comme transporteur, ne font qu'un, puisque la cargaison devait être expédiée aux consignataires finals uniquement après le parcours par voie terrestre vers sa destination finale.

The Afram bill of lading, however, also contains the notation "freight to be paid in full prior to delivery of the cargo". Strangely enough, both these expressions, which are basically contradictory, are initialled by Twelve Oaks the authorized agents of Afram. No explanation was furnished by Afram as to why these contradictory conditions were both included. However, the latter clause, to the effect that freight is to be paid upon delivery, is written on a different typewriter from the remainder of the bill and the expression "freight pre-paid". The cargo manifest, dated December 27, which is also signed on behalf of Afram, also shows "freight pre-paid" with regard to all items and matters mentioned therein. Although a cargo manifest is not a document of title, the notation throughout of "freight pre-paid" constitutes substantial evidence that, at the time the cargo was being loaded, the understanding between the freight forwarder and the carrier was that the latter would not be looking to the cargo as security for the payment of the freight.

Another important element of proof as to the sequence of events is Exhibit 6 which is a telex dated January 13, from Afram Lines to its agents Twelve Oaks instructing them to include in the bills of lading the expression "freight to be paid in full prior to release of bill of lading". That instruction was varied by a telephonic communication on the same day to add instead the expression "freight to be paid in full prior to delivery of cargo" which, as previously stated, was the expression actually included in the Afram bills. This establishes quite clearly that it was only on January 13 that the last-mentioned notation on the bill was inserted and there is no credible evidence whatsoever that this change was agreed upon in any way either explicitly or implicitly by either DSS Mondel, Merchants or the consignees.

Altogether apart from the question whether Afram, being fully aware of the conditions of the

Cependant, le connaissement de la société Afram renferme également les mots [TRADUCTION] «le fret doit être payé intégralement avant la livraison de la cargaison». Fait étrange, les deux expressions, qui sont fondamentalement contradictoires, sont paraphées par Twelve Oaks, les mandataires autorisés de la société Afram, qui n'a donné aucune explication sur la question de savoir pourquoi ces conditions contradictoires ont toutes deux été intégrées. Cependant, cette dernière clause portant que le fret doit être payé sur livraison a été écrite à l'aide d'une machine à écrire différente de celle qui a été utilisée pour le reste du connaissement et les mots «fret payé à l'avance». Le manifeste de fret, qui est daté du 27 décembre et qui est également signé au nom d'Afram, comporte également les mots «fret payé à l'avance» pour tous les articles et éléments qui y sont mentionnés. Bien qu'un manifeste de fret ne soit pas un document attestant le titre de propriété, l'inscription, tout au long de ce document, des mots «fret payé à l'avance» constitue une preuve importante du fait que, lors du chargement de la cargaison, l'entente entre l'expéditeur de fret et le transporteur était que celui-ci ne se servirait pas de la cargaison comme garantie du paiement du fret.

Un autre élément important de preuve concernant la séquence des événements est la pièce 6, qui est un télex en date du 13 janvier que la société Afram Lines a fait parvenir à ses mandataires Twelve Oaks pour leur demander d'inscrire sur les connaissements les mots [TRADUCTION] «le fret doit être payé intégralement avant la remise du connaissement». Cette directive a été modifiée par un appel téléphonique du même jour selon lequel il fallait plutôt ajouter les mots [TRADUCTION] «le fret doit être payé intégralement avant la livraison de la cargaison» qui correspondent, comme je l'ai déjà mentionné, aux mots effectivement inscrits sur les connaissements de la société Afram. Cela prouve assez clairement que ce n'est que le 13 janvier que ces derniers mots susmentionnés ont été inscrits sur le connaissement et il n'y a aucune preuve digne de foi établissant que ce changement a été accepté, que ce soit de façon explicite ou implicite, par le MAS, Mondel, Merchants ou les consignataires.

Dans l'ensemble, mise à part la question de savoir si Afram, étant pleinement au courant des

charter-party between DSS and Mondel, could at law enforce a lien against the cargo, it is clear that the claims of Afram against both Mondel and DSS were predicated upon Afram establishing that, before paying the freight, they had in fact been advised and warned that the bills of lading delivered to Mondel by Merchants were unauthorized and were considered by Afram to be fraudulent. I have found that, not only has this fact not been established but, on the contrary, it has been shown positively that these parties were only advised of this situation after payment had been made to Merchants. A supplementary argument by Afram to the effect that it should be entitled to recover on the basis of unjust enrichment of DSS or Mondel, simply does not make sense: neither of these parties benefited from the situation since they actually paid the freight charges. Clearly, the only party against whom unjust enrichment could be pleaded would be Merchants. The claims of Afram against these parties must therefore be dismissed.

The claim of Mondel for reimbursement of expenses incurred in attending at Abidjan to obtain the release of the cargo from Afram's lien is somewhat more tenuous from a legal standpoint.

Three English cases were relied upon by counsel for Afram in support of its argument that Mondel had no right at law to recover as damages compensation for the costs and expenses incurred by it in obtaining the release from the seizure. The first two pertain to the alleged improper arrest of a ship while the last one pertains to cargo. The three cases involved are: *Xenos v. Aldersley—The Evangelismos*, [1878] 12 Moo. 352; (1878), 14 E.R. 945 (P.C.); *Turnbull v. Owners of Ship "Strathnaver"* (1875), 1 App. Cas. 58 (P.C.); and *The Eudora* (1879), 4 P.D. 208.

In each of these cases, the claim for damages pertaining to the arrest of the plaintiff's property was denied. *The Evangelismos* case, which is an appeal from a decision of the High Court of Admiralty, is a leading case. Its principles were subsequently fully approved by the Judicial Committee of the Privy Council on an appeal from the

conditions du contrat d'affrètement conclu entre le MAS et Mondel, pourrait, en droit, opposer un privilège sur la cargaison, il est évident que les réclamations de la société Afram contre Mondel et le MAS étaient fondées sur la preuve du fait que, avant de payer les frais de fret, ceux-ci ont effectivement été avisés et prévenus que les connaissements remis à Mondel par Merchants n'étaient pas autorisés et qu'Afram les jugeait frauduleux. À mon sens, non seulement ce fait n'a-t-il pas été établi, mais bien au contraire, il a été démontré avec certitude que ces parties n'ont été avisées de cette situation qu'après le paiement à Merchants. L'argument supplémentaire de la société Afram selon lequel elle devrait avoir le droit de recouvrer le montant qu'elle réclame en raison de l'enrichissement sans cause du MAS ou de Mondel n'a tout simplement aucun sens: ni l'une ni l'autre de ces parties n'ont bénéficié de la situation, puisqu'elles ont effectivement payé les frais de fret. De toute évidence, la seule partie à l'encontre de laquelle l'argument de l'enrichissement sans cause pourrait être invoqué serait Merchants. Les réclamations que la société Afram a formulées contre ces parties doivent donc être rejetées.

La réclamation de Mondel relativement au remboursement des frais qu'elle a engagés pour se rendre à Abidjan afin d'obtenir la mainlevée de la saisie faite par Afram est un peu plus ténue du point de vue juridique.

L'avocat de la société Afram a invoqué trois arrêts anglais pour soutenir que Mondel n'avait pas le droit de recouvrer à titre de dommages-intérêts les frais et dépens qu'elle a engagés pour obtenir la mainlevée de la saisie. Les deux premiers arrêts portent sur la saisie inappropriée d'un navire, tandis que le dernier concerne une cargaison. Les trois causes en question sont les suivantes: *Xenos v. Aldersley—The Evangelismos*, [1878] 12 Moo. 352; (1878), 14 E.R. 945 (P.C.); *Turnbull v. Owners of Ship "Strathnaver"* (1875), 1 App. Cas. 58 (P.C.); et *The Eudora* (1879), 4 P.D. 208.

Dans chacune de ces causes-là, la demande de dommages-intérêts concernant la saisie des biens des demandeurs a été rejetée. L'arrêt *The Evangelismos*, qui concernait un appel d'une décision rendue par la High Court of Admiralty, est un arrêt-clé. Le Comité judiciaire du Conseil privé a subséquemment approuvé les principes de cet

Vice-Admiralty Court of New Zealand and were also affirmed and applied without reasons however in *The Eudora* case.

It is important to note that in both the first-mentioned cases the Court fully recognized that an action for abuse of process would lie if the plaintiff could establish *mala fides* or *crassa negligentia* on the part of the defendant in engaging in the judicial proceeding complained of.

We find the following statement at pages 359-360 of the above-mentioned report of *The Evangelismos* case:

Their Lordships think there is no reason for distinguishing this case, or giving damages. Undoubtedly there may be cases in which there is either *mala fides*, or that *crassa negligentia*, which implies malice, which would justify a Court of Admiralty giving damages, as in an action brought at Common law damages may be obtained. In the Court of Admiralty the proceedings are, however, more convenient, because in the action in which the main question is disposed of, damages may be awarded.

The real question in this case, following the principles laid down with regard to actions of this description, comes to this: is there or is there not, reason to say, that the action was so unwarrantably brought, or brought with so little colour, or so little foundation, that it rather implies malice on the part of the Plaintiff, or that gross negligence which is equivalent to it? Their Lordships are of opinion, that there is nothing whatever to establish the Appellant's proposition.

The "Strathnaver" case fully approves of the principles laid down in *The Evangelismos*. It was applied in the following terms at page 67 of the above-mentioned report:

Undoubtedly there may be cases in which there is either *mala fides* or that *crassa negligentia* which implies malice, which would justify a Court of Admiralty giving damages, as in an action brought at common law damages may be obtained. In the Court of Admiralty the proceedings are however more convenient, because in the action in which the main question is disposed of, damages may be awarded. Their Lordships came to the conclusion, though the case was certainly a very strong one, inasmuch as the wrong vessel had been seized, that in the absence of proof of *mala fides* or malicious negligence, they ought not to give damages against the parties arresting the ship. It appears to their Lordships that the general principles of law are correctly laid down in that judgment, and it is their intention to adhere to them. They will therefore humbly advise Her Majesty that that part of the learned Judge's sentence be reversed.

arrêt-là dans un appel d'une décision rendue par la Vice-Admiralty Court de la Nouvelle-Zélande et, dans l'arrêt *The Eudora*, le tribunal a également confirmé et appliqué ces principes, sans toutefois dire pourquoi.

Il est important de mentionner que, dans les deux premiers arrêts, la Cour a pleinement reconnu qu'une action pour abus de procédure serait possible si le demandeur pouvait établir la mauvaise foi ou la négligence grave dont la partie défenderesse a fait preuve en engageant les poursuites judiciaires reprochées.

Aux pages 359 et 360 de l'arrêt *The Evangelismos*, précité, nous pouvons lire les remarques suivantes:

[TRADUCTION] Nous sommes d'avis qu'il n'y a pas de raison de dire que cette cause-là ne s'applique pas ou d'accorder une indemnité. De toute évidence, il peut y avoir des cas où il y a mauvaise foi ou négligence grave, ce qui sous-entend une intention de nuire, de sorte qu'un tribunal de l'amirauté serait justifié d'accorder une indemnité, puisqu'il est possible de le faire dans une action en common law. Cependant, les poursuites engagées devant le tribunal de l'amirauté sont plus utiles, car une indemnité peut être accordée dans l'action où la principale question en litige est tranchée.

Compte tenu des principes exposés à l'égard des actions appartenant à cette description, la véritable question en l'espèce est la suivante: y a-t-il ou non des raisons de dire que l'action intentée était dénuée de justification, d'apparence de droit ou de fondement à un point tel qu'elle sous-entend plutôt une intention de nuire de la part de la partie demanderesse, ou de la négligence grave, ce qui équivaut à une intention de nuire? À notre avis, aucun élément de la preuve n'établit la proposition de la partie appelante.

Dans l'arrêt «Strathnaver», les principes établis dans *The Evangelismos* ont été pleinement approuvés et ont été appliqués de la façon suivante à la page 67 du rapport précité:

[TRADUCTION] De toute évidence, il peut y avoir des cas où il y a mauvaise foi ou négligence grave, ce qui sous-entend une intention de nuire, de sorte qu'un tribunal de l'amirauté serait justifié d'accorder une indemnité, puisqu'il est possible de le faire dans une action en common law. Cependant, les poursuites engagées devant le tribunal de l'amirauté sont plus utiles, car une indemnité peut être accordée dans l'action où la principale question en litige est tranchée. Nous sommes venus à la conclusion que, bien que la preuve soit très solide, en ce sens que l'on s'est trompé de navire lors de la saisie, en l'absence de preuve de mauvaise foi ou d'intention de nuire, nous ne devrions pas condamner les parties qui saisissent un navire à payer des dommages-intérêts. À notre avis, les principes de droit généraux qui sont exposés dans ce jugement sont appropriés et nous avons l'intention de les appliquer. Nous aviserons donc humblement Sa Majesté que cette partie de la sentence du savant juge est infirmée.

Although these cases do not appear to specifically mention the legal costs involved in defending another action but rather incidental damages arising out of its institution and prosecution, the case of *The Torsol* (1938), 61 Ll. L. Rep. 207 (Adm. Div.), does deal specifically with this matter. A right to recover the cost was recognized and applied. In the case of *Atland Containers Ltd. v. Macs Corp. Ltd. et al.* (1974), 7 O.R. (2d) 107 (H.C.) which also involved a claim for abuse of process, the claim was denied but the principle governing the tort of abuse of process was recognized by the Trial Judge. Parker J., as he then was, stated in the closing paragraph of his remarks at page 111:

However, the law re the abuse of process is very narrow in scope. It is only where the process of the Court is used for an improper purpose and where there is a definite act or threat in furtherance of such a purpose. No such act or threat is pleaded in this case. In any event the counterclaim is not a proper subject-matter for inclusion in this action since the causes of action are not similar in type. The counterclaim will therefore be struck out with costs.

It therefore seems clear that in Canadian law the tort of abuse of process for which damages including exemplary damages can be claimed exists but that it has a narrow scope and bad faith or improper or malicious purpose without any justification must be established.

In support of Mondel's claim the following cases were relied upon: *Hammond v. Bussey* (1887), 20 Q.B.D. 79 (C.A.); *Weinstein et al. v. A.E. LePage (Ontario) Ltd. et al.* (1984), 47 O.R. (2d) 126 (C.A.); *Agius v. Great Western Colliery Company*, [1899] 1 Q.B. 413 (C.A.); *Kasler and Cohen v. Slavouski*, [1928] 1 K.B. 78; and *Crispin & Co. v. Evans, Coleman & Evans Ltd.* (1922), 31 B.C.R. 328 (S.C.). All of these cases involve the application of the rule in the classic case of *Hadley v. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341. They all recognize the right that, subject to the rules of remoteness, the costs incurred in prosecuting or defending another action can be recovered as damages. This whole line of cases, however, involve actions arising out of a breach of contract. On the other hand, *The Torso* case above referred to is founded on tort.

Bien que l'on ne semble pas avoir parlé explicitement des frais juridiques liés à la contestation d'une autre action dans ces arrêts-là, mais plutôt des dommages accessoires découlant de l'introduction et de la poursuite de l'action, ce sujet est abordé dans *The Torsol* (1938), 61 Ll. L. Rep. 207 (Adm. Div.), où le droit de recouvrer les frais a été reconnu et appliqué. Dans l'arrêt *Atland Containers Ltd. v. Macs Corp. Ltd. et al.* (1974), 7 O.R. (2d) 107 (H.C.), qui portait également sur une réclamation découlant de l'abus de procédure, la demande a été rejetée, mais le juge de première instance a reconnu le principe régissant le délit de l'abus de procédure. Dans le dernier paragraphe de ses commentaires, le juge Parker, tel était alors son titre, a dit ce qui suit, à la page 111:

[TRADUCTION] Cependant, les règles concernant l'abus de procédure ont une portée très restreinte. Elles ne s'appliquent que lorsque les procédures judiciaires sont utilisées à une fin inappropriée et qu'il y a une menace ou un acte précis pour l'accomplissement de cette fin. Aucun acte ou menace de cette nature n'est invoqué en l'espèce. À tout événement, la demande reconventionnelle ne peut être incluse dans la présente action, puisque les causes d'action sont différentes. En conséquence, la demande reconventionnelle sera rayée avec dépens.

Il semble donc évident qu'en droit canadien, le délit de l'abus de procédure pour lequel une indemnité, y compris des dommages-intérêts exemplaires, peut être réclamée existe, mais que la portée de ce droit est restreinte et qu'il faut prouver la mauvaise foi, l'intention de nuire ou un but inapproprié qui n'est aucunement justifié.

À l'appui de sa demande, Mondel a cité les arrêts suivants: *Hammond v. Bussey* (1887), 20 Q.B.D. 79 (C.A.); *Weinstein et al. v. A.E. LePage (Ontario) Ltd. et al.* (1984), 47 O.R. (2d) 126 (C.A.); *Agius v. Great Western Colliery Company*, [1899] 1 Q.B. 413 (C.A.); *Kasler and Cohen v. Slavouski*, [1928] 1 K.B. 78; et *Crispin & Co. v. Evans, Coleman & Evans Ltd.* (1922), 31 B.C.R. 328 (S.C.). Toutes ces causes portent sur l'application de la règle énoncée dans l'arrêt classique *Hadley v. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341. Dans chacun de ces jugements-là, on a reconnu que, sous réserve des règles concernant le caractère éloigné du préjudice, il est possible de recouvrer à titre de dommages-intérêts les frais engagés pour poursuivre ou contester une autre action. Cependant, dans tous ces arrêts-là, il s'agissait d'actions découlant de la rupture d'un contrat. Par ailleurs, l'arrêt *The Torsol*, précité, portait sur un délit.

There was of course no actual contractual relationship between Afram and either Mondel or DSS. Afram's contract was with Merchants. If Mondel were obliged at law to base its claim on breach of contract, it would of course fail.

Having regard to *The Torsol* case and, more importantly to the principles which were clearly recognized by the English courts in *The Evangelismos* and the "*Strathnaver*" cases, which were relied upon by Afram and were founded on the alleged tort of abuse of process, I can see no reason why, in a proper case, all legal costs and expenses reasonably incurred in defending or prosecuting another action cannot be recovered at law. I feel that the principles enunciated in these English cases are applicable to Canadian admiralty cases. There can be no logical reason why, in a proper case, the common law tort of abuse of process would not fully apply to claims in admiralty, in view of the principle of *restitutio in integrum* which was always afforded even greater recognition in admiralty courts than at common law, by reason of the former's adoption of certain civil law principles, where for instance interest could always be awarded on a claim founded on tort from the date of the commission of the tortious act.

I find that Afram was fully aware of the conditions under which the goods were to be shipped and of the terms of payment agreed upon between the owners and Mondel. It knew that they were to be shipped freight pre-paid and it would not be entitled to look to the cargo as security for the payment on delivery in Abidjan. It could not help but realize it had no legal right whatsoever to effect a seizure on the cargo or freight. The bills of lading were to be marked freight pre-paid and Afram in fact so marked them. It was only some time later namely on January 13, 1986 when, because of the dispute existing between it and Merchants, the expression "freight to be paid in full on delivery of the cargo" was added, in an attempt to obtain from Mondel and DSS a payment which it fully knew they were not obliged to pay on delivery. This was obviously done because, for reasons which are of no concern to either of the last two mentioned parties, Afram felt that pay-

Il n'y avait évidemment aucun lien contractuel entre Afram et Mondel ou le MAS. Afram avait conclu une entente avec Merchants. Si Mondel était tenue, en droit, de fonder sa demande sur la rupture de contrat, elle ne réussirait certes pas.

Compte tenu de l'arrêt *The Torsol* et surtout des principes qui ont été clairement reconnus par les tribunaux anglais dans les arrêts *The Evangelismos* et «*Strathnaver*», que la société Afram a invoqués et qui étaient fondés sur le délit de l'abus de procédure, je ne vois pas pourquoi, dans un cas approprié, une partie n'aurait pas le droit de recouvrer tous les frais juridiques raisonnables qu'elle a engagés dans la contestation ou la poursuite d'une autre action. J'estime que les principes énoncés dans ces décisions anglaises s'appliquent aux causes d'amirauté canadiennes. Il ne peut y avoir de raison logique qui expliquerait pourquoi, dans un cas approprié, le délit de l'abus de procédure reconnu en common law ne s'appliquerait pas pleinement aux recours en amirauté, compte tenu du principe de la *restitutio in integrum*, qui a toujours été reconnu encore plus en droit de l'amirauté qu'en common law, en raison de l'adoption par les tribunaux de l'amirauté de certains principes de droit civil qui reconnaissent, notamment, la possibilité d'accorder dans tous les cas des intérêts dans une action de nature délictuelle à compter de la date de la perpétration du délit.

Je suis d'avis que la société Afram était pleinement au courant des conditions selon lesquelles les marchandises devaient être expédiées ainsi que des conditions de paiement qui avaient été convenues entre les propriétaires et Mondel. Elle savait que l'une des conditions d'expédition était que le fret devait être payé à l'avance et qu'elle n'aurait pas le droit de se servir de la cargaison comme garantie du paiement lors de la livraison à Abidjan. Elle a dû nécessairement comprendre qu'elle n'avait nullement le droit de saisir la cargaison. Les mots «fret payé à l'avance» devaient être inscrits sur les connaissements et Afram les a effectivement inscrits. Ce n'est qu'un peu plus tard, soit le 13 janvier 1986, lorsque les mots «les frais de fret doivent être payés intégralement sur livraison de la cargaison» ont été ajoutés, en raison du conflit qui l'opposait à Merchants, que la société Afram a tenté d'obtenir de Mondel et du MAS un paiement que ceux-ci n'étaient nullement tenus de faire sur

ment of the freight by Merchants would not be immediately forthcoming.

Furthermore, in seizing the cargo, it could not help but know that Mondel would be put in an almost untenable position with DSS and that it would be forced to either pay the freight as demanded or immediately institute proceedings in Abidjan to release the cargo from seizure. It most probably knew at the time of seizure that Merchants had already been paid by Mondel. It certainly could not have helped to be aware of this at that time or shortly thereafter, since Mondel had paid Merchants on January 9. It nevertheless continued to maintain the seizure and notified Mondel that unless paid immediately, a portion of the cargo would be sold forthwith to pay for the freight. Having seen the original charter-party it also was aware that Mondel would be responsible for non-delivery and that DSS would in all likelihood be calling in the letter of guaranty which Mondel had posted pursuant to the contract, should the remainder of the shipment be sold as Afram was threatening to do.

The case of *Vantage Navigation Corporation v. Suhail and Saud Bahwan Building Materials LLC (The Alev)*, [1989] 1 Lloyd's Rep. 138 (Q.B.), is quite similar to the case at bar in some respects. The owners of the cargo were told by the ship owners that unless the freight was paid to them on delivery the cargo would be seized. The latter had no right to seize the cargo since it had been shipped freight pre-paid. In order to obtain the cargo and avoid serious damage, the cargo owners were obliged to pay the freight and also to sign an agreement pursuant to which they waived all claims or rights against the ship owners. Subsequently, in order to obtain the return of the money paid for freight and notwithstanding the agreement which they had signed, the cargo owners caused *The Alev* to be arrested pleading duress and breach of contract and claiming damages. The ship owners before obtaining the release of the vessel in turn sued the cargo owners for damages and for the return of the monies paid to release *The Alev*. The Court held that the defendants were not bound by the agreement which they had

livraison, ce qu'elle savait très bien. De toute évidence, Afram a procédé ainsi parce que, pour des raisons qui ne concernent ni l'une ni l'autre des deux parties susmentionnées, elle a cru que Merchants ne paierait pas immédiatement le fret.

En outre, lorsqu'elle a saisi la cargaison, elle devait nécessairement savoir que Mondel serait dans une situation presque insupportable vis-à-vis le MAS et qu'elle serait forcée de payer le montant de fret exigé ou d'engager immédiatement des poursuites à Abidjan pour obtenir une mainlevée de la saisie. Elle savait probablement, au moment de la saisie, que Mondel avait déjà payé Merchants. Elle devait le savoir à ce moment-là ou peu de temps après, puisque Mondel avait payé Merchants le 9 janvier. Néanmoins, elle a maintenu la saisie et elle a avisé Mondel que, à moins d'être payée immédiatement, elle vendrait une partie de la cargaison pour obtenir le paiement du fret. Ayant vu le contrat d'affrètement initial, elle savait aussi que Mondel serait responsable en cas de défaut de livraison et que le MAS utiliserait probablement la lettre de garantie que Mondel avait déposée conformément au contrat, si le reste de la cargaison était vendu, comme Afram menaçait de le faire.

La situation de l'arrêt *Vantage Navigation Corporation v. Suhail and Saud Bahwan Building Materials LLC (The Alev)*, [1989] 1 Lloyd's Rep. 138 (Q.B.), ressemble beaucoup à la présente affaire sur certains points. Les propriétaires du navire ont avisé les propriétaires de la cargaison que, à moins de recevoir le paiement du fret sur livraison, ils saisiraient la cargaison. Les propriétaires du navire n'avaient pas le droit de saisir la cargaison, puisque le fret devait être payé à l'avance, selon les conditions de l'expédition. Pour obtenir la cargaison et éviter un grave préjudice, les propriétaires de la cargaison ont dû payer le fret et signer une entente selon laquelle ils renonçaient à tous droits et recours contre les propriétaires du navire. Par la suite, pour obtenir le remboursement de la somme d'argent payée pour le fret, nonobstant l'entente qu'ils avaient signée, les propriétaires de la cargaison ont fait saisir le navire *The Alev*, invoquant la contrainte et la rupture de contrat et demandant une indemnité. Avant d'obtenir la mainlevée de la saisie, les propriétaires du navire ont poursuivi à leur tour les

signed under duress and dismissed the action of the plaintiff ship owners.

The Trial Judge, Mr. Justice Hobhouse, stated at page 142 of the report:

The plaintiffs were openly breaking their contracts and (in the words of Mr. Justice Lewis in the *Government of the Republic of Spain v. North of England S.S. Co. Ltd.*, (1938) 61 Ll. L.Rep. 44 at p. 56) were exercising dominion over the defendants' goods. Mr. Davies concluded that if the defendants wanted to have their goods they had no choice but to agree to what the plaintiffs' representatives were demanding. There was no question of any commercial bargain being struck; the reality and substance was: "if you want us to perform the bill of lading contracts, you must agree to what we demand".

And again at page 145:

In the present case it is clear that the agreement falls within the principles of economic duress and for that matter duress of goods. The plaintiffs did make a threat which was illegitimate, and, if it be relevant, they knew it to be illegitimate. They were under an obligation to carry the cargo to Mina Qaboos and deliver it there to the defendants. They had no right to refuse to do so or to assert any inconsistent right over the goods. They did refuse to carry the goods to Mina Qaboos and deliver them to the defendants unless the defendants met their demands. They did assert a dominion over the defendants' goods; they refused to recognize the defendants' right to have the goods. The consent of the defendants was overborne. There was a coercion of their will. They neither in law nor in fact entered into the agreement voluntarily.

In the present case legal process was perverted to obtain or extort money from Mondel and DSS which it was obvious neither of these parties was legally obliged to pay.

In *Guilford Industries Ltd. v. Hankinson Management Services Ltd. et al.* (1973), 40 D.L.R. (3d) 398 (B.C.S.C.), there was a mechanics' lien action of the case where a mechanics' lien was improperly and without power of right registered against the property of the plaintiff. Anderson J. at pages 405 and 406 stated:

If the case at bar, the lien proceedings are completely devoid of any legal foundation and were initiated for an unlawful

propriétaires de la cargaison en dommages-intérêts et ont réclamé d'eux les sommes d'argent qu'ils ont payées pour obtenir la mainlevée de ladite saisie. La Cour a jugé que les défendeurs n'étaient pas liés par l'entente qu'ils avaient signée sous le coup de la contrainte et elle a rejeté l'action des propriétaires du navire.

Le juge de première instance, le juge Hobhouse, a dit ce qui suit à la page 142 du volume:

[TRADUCTION] Les demandeurs violaient ouvertement leurs contrats et (pour reprendre les propos du juge Lewis dans l'arrêt *Government of the Republic of Spain v. North of England S.S. Co. Ltd.*, (1938) 61 Ll. L.Rep. 44, p. 56) ils exerçaient un droit de propriété sur les biens des défendeurs. M. Davies a conclu que, si les défendeurs voulaient avoir leurs biens, ils n'avaient d'autre choix que de se conformer à la demande des représentants des demandeurs. Il est manifeste qu'aucune entente commerciale n'a été conclue; ce qui s'est passé peut être résumé comme suit: «si vous voulez que nous nous conformions aux connaissements, vous devez accéder à notre demande».

Et à la page 145:

[TRADUCTION] Dans la présente cause, il est évident que l'entente est assujettie aux principes de la contrainte économique et même de la contrainte matérielle. Les demandeurs ont fait une menace qui était illégitime et, pour le cas où ce serait pertinent, ils le savaient. Ils étaient tenus de transporter la cargaison à Mina Qaboos et de la livrer là-bas aux défendeurs. Ils n'avaient pas le droit de refuser de le faire ou de faire valoir à l'égard des marchandises un droit incompatible. Ils ont refusé de transporter les marchandises à Mina Qaboos et de les livrer aux défendeurs à moins que ceux-ci ne se conforment à leurs demandes. Ils ont fait valoir un droit de propriété sur les biens des défendeurs et ils ont refusé de reconnaître que ceux-ci avaient droit à la possession desdits biens. On n'a pas obtenu le consentement des défendeurs; on les a plutôt contraints à agir contre leur volonté. Ils n'ont jamais conclu l'entente de façon volontaire, que ce soit en fait ou en droit.

Dans le cas qui nous occupe, les poursuites judiciaires ont été intentées pour obtenir de l'argent de Mondel et du MAS, alors que, de toute évidence, ni l'une ni l'autre de ces parties n'étaient légalement tenues de payer.

Dans *Guilford Industries Ltd. v. Hankinson Management Services Ltd. et al.* (1973), 40 D.L.R. (3d) 398 (C.S.C.-B.), il s'agissait d'un cas où un privilège de constructeur ou de fournisseur de matériaux avait été enregistré sans droit et de façon inappropriée à l'encontre des biens du demandeur. Voici ce qu'a dit le juge Anderson aux pages 405 et 406:

[TRADUCTION] Dans la présente cause, les poursuites relatives au privilège sont dénuées de tout fondement juridique et ont

purpose, namely, to obtain a settlement by means of legal "blackmail".

While the Courts must protect the right of every resident "to have his day in Court" where there is some evidence, however slight, on which a claim might be supported, the Courts will not permit the processes of the law to be used for ulterior purposes. This Court cannot shut its eyes to the fact that mechanics' liens, *lis pendens* and garnishing orders are sometimes, though not often, used by unscrupulous persons to achieve results which could not otherwise be obtained. The Courts will be quick to curb such acts and, hence, protect the sanctity of the Courts and processes provided by law for the achievement of lawful purposes.

This in my view constitutes a valid statement of the applicable law. It is to be noted that in this case exemplary damages were also granted.

Mondel, in its statement of claim, referred to the seizure and the threat of immediate sale of the cargo as commercial blackmail. That description, in my view, is not overly exaggerated, since Afram knew or most certainly should have known in what position Mondel would find itself as a result of a sale.

Mondel, in fact, had not only been advised by DSS that, unless the seized cargo was released forthwith, its performance bond would be called in, but was told that it was to consider itself presently barred from submitting any tenders on any other contracts offered by DSS and that unless and until the cargo was released, it would be struck off DSS's list of approved tenderers.

Mondel was therefore fully justified in taking all reasonable steps available to it to obtain the release of the cargo in order to avoid immediate serious financial loss and considerable future loss of goodwill and business. Notwithstanding the fact that recovery of all reasonable legal costs and expenses are rarely recoverable as damages, in the present case I find that Afram is liable to Mondel for same.

An agreed statement of facts was filed as Exhibit 2 at trial. Paragraph 34 of that statement reads as follows:

été engagées dans un but illégal, soit celui d'obtenir un règlement par «chantage».

Même si les tribunaux doivent protéger le droit de chaque citoyen de plaider sa cause devant la cour lorsqu'il y a une preuve, si mince soit-elle, qui permet de justifier une réclamation, ils ne permettront pas que les recours en justice soient utilisés à d'autres fins. La Cour ne peut fermer les yeux devant le fait que les privilèges de constructeur et de fournisseur de matériaux, les certificats d'affaire en instance et les ordonnances de saisie sont parfois, bien que ce ne soit pas fréquent, utilisés par des personnes sans scrupule qui cherchent ainsi à atteindre des résultats qu'elles ne pourraient obtenir autrement. Les tribunaux mettront rapidement un frein à ces actes; ils protégeront ainsi le caractère sacré de l'appareil judiciaire et verront à ce que les recours en justice soient utilisés à des fins licites.

Ces commentaires constituent, à mon sens, un énoncé valide de la règle applicable. Il convient de souligner que, dans cette cause-là, des dommages-intérêts exemplaires ont également été accordés.

Dans sa déclaration, Mondel a souligné que la saisie et la menace de la vente immédiate de la cargaison constituaient du chantage commercial. À mon avis, cette description n'est pas vraiment exagérée, étant donné que la société Afram savait ou aurait certainement dû savoir dans quelle position Mondel se trouverait à la suite d'une vente.

Effectivement, en plus de se faire dire par le MAS que, à moins que la cargaison saisie ne soit immédiatement libérée, elle serait appelée à se conformer à sa garantie d'exécution du contrat, Mondel a été avisée qu'elle devait se considérer comme une entreprise à qui il était actuellement interdit de soumettre des offres pour tout autre marché offert par le MAS et que, tant que la cargaison ne serait pas libérée, elle serait rayée de la liste des soumissionnaires approuvés du MAS.

Mondel était donc pleinement justifiée de prendre toutes les mesures raisonnables dont elle disposait pour obtenir la mainlevée de la saisie afin d'éviter une perte financière importante et immédiate et une perte considérable d'achalandage et de possibilités contractuelles pour l'avenir. Même s'il est rarement possible de recouvrer comme dommages-intérêts tous les frais juridiques raisonnables, je suis d'avis qu'en l'espèce, la société Afram est tenue de les rembourser à Mondel.

Le paragraphe 34 de l'exposé conjoint des faits qui a été déposé comme pièce 2 au cours de l'instruction se lit comme suit:

34. In consequence of the foregoing, Mondel incurred expenses outlined hereinbelow as follows:

i) legal disbursements and fees due to Mondel's Montreal attorneys;	\$41,262.55	
ii) legal disbursements and fees due to Mondel's attorneys in Abidjan;	\$2,915.46	<i>a</i>
iii) storage expenses in Abidjan for excess days from completion of voyage;	\$15,972.66	
iv) extra expenses and airfare for government surveyor;	\$10,975.00	<i>b</i>
v) salaries for Mr. Béchard and Mr. Lambert during stay in Abidjan (loss of executive time), long distance telephone calls, numerous telexes, hotel and incidentals;	\$7,979.21	<i>c</i>
TOTAL:	<u>\$79,104.88</u>	

Although Afram agreed that Mondel incurred the above-mentioned expenses it did not concede that they were all recoverable as having been reasonably incurred and properly attributable to obtaining the release of cargo.

I find that item v) in the amount of \$7,979.21 is not allowable as the two gentlemen therein-mentioned were salaried employees of Mondel and there is no proof or insufficient proof of the loss of executive time. It also appears that they might very well have attended in Abidjan in any event. With regard to item iv) I am disallowing from the sum of \$10,975 the return airfare of the surveyor since he would have attended at Abidjan in any event. The extra expenses incurred as a result of the seizure however are allowable. The return airfare amounted to \$1,975.

After deducting the two above-mentioned amounts which totalled \$9,954.21, I find that Afram must pay Mondel the sum of \$69,150.67. The latter will be entitled to its costs throughout and DSS will be entitled to its costs for defending the action against it. All costs shall be taxed on a party and party basis. Since no claim was made by Mondel for interest from the date of the tort, interest on its claim shall run from the date of judgment.

Judgment shall issue accordingly.

[TRADUCTION] 34. En conséquence, Mondel a engagé les frais indiqués ci-après:

i) frais et honoraires juridiques dus aux avocats de Mondel à Montréal;	41 262,55 \$
ii) frais et honoraires juridiques dus aux avocats de Mondel à Abidjan;	2 915,46 \$
iii) frais d'entreposage à Abidjan pour les jours supplémentaires d'entreposage depuis la fin du voyage;	15 972,66 \$
iv) frais supplémentaires et coût du billet d'avion pour l'inspecteur gouvernemental;	10 975 \$
v) salaire de M. Béchard et M. Lambert au cours du séjour à Abidjan (perte de temps de cadre de direction), appels interurbains, nombreux télex, hôtel et frais accessoires;	7 979,21 \$
TOTAL:	<u>79 104,88 \$</u>

Même si elle a convenu que Mondel a engagé les frais susmentionnés, Afram n'a pas admis que ces frais pouvaient tous être recouverts comme étant des frais raisonnables qui étaient dûment attribuables à l'obtention de la mainlevée de la saisie.

À mon avis, le montant de l'élément v), qui s'élève à 7 979,21 \$, ne peut être recouvré, étant donné que les deux hommes mentionnés dans ce paragraphe-là étaient des employés salariés de Mondel et que la preuve concernant la perte de temps de cadre de direction est insuffisante, si elle existe. Il semble également qu'ils seraient peut-être bien allés à Abidjan à tout événement. En ce qui a trait à l'élément iv), je soustrais de la somme de 10 975 \$ le coût du billet d'avion aller-retour de l'inspecteur, puisqu'il se serait rendu à Abidjan de toute façon. Cependant, les frais supplémentaires engagés à la suite de la saisie sont accordés. Le coût du billet d'avion aller-retour s'élevait à 1 975 \$.

Compte tenu de la déduction des deux montants précités, qui s'élève à 9 954,21 \$, j'estime que la société Afram doit payer à Mondel la somme de 69 150,67 \$. Mondel a également droit à ses dépens de l'ensemble du litige et le MAS aura droit à ses dépens liés à la contestation de l'action intentée contre lui. Tous les dépens seront taxés entre parties. Étant donné que Mondel n'a pas demandé le paiement d'intérêts à compter de la date du délit, les intérêts sur sa réclamation commenceront à courir à compter de la date du jugement.

Un jugement sera établi en conséquence.

T-2182-86

T-2182-86

Mondel Transport Inc. (Plaintiff)

v.

Afram Lines Ltd. (Defendant)

and

Afram Lines Ltd. (Cross-plaintiff)

v.

Mondel Transport Inc. and Her Majesty the Queen in Right of Canada (Cross-defendants)*INDEXED AS: MONDEL TRANSPORT INC. v. AFRAM LINES LTD. (T.D.)*

Trial Division, Addy J.—Ottawa, September 26 and October 3, 1990.

Practice — Judgments and orders — Reversal or variation — Motion for reconsideration of terms of judgment to include interest — Although pleadings not claiming interest, parties mutually agreed at trial to amend claims to add pre-judgment and post-judgment interest at 11%, and Court approving — Court having jurisdiction to entertain motion under Federal Court Rules, R. 337(5)(b) and 337(6) — Failure to allow interest due to accidental oversight — Motion allowed.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 337(5),(6).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

REFERRED TO:

Merco Nordstrom Valve Company and Peacock Brothers Limited v. J. F. Comer, [1942] Ex.C.R. 156; [1942] 1 D.L.R. 316; (1942), 1 C.P.R. 177; 2 Fox. Pat. C. 8; *N.M. Paterson & Sons Ltd. v. Canadian Vickers Ltd.*, [1959] Ex.C.R. 289; *Verreault Navigation Inc. v. Coopérative de Transport Maritime et aérien*, [1969] 2 Ex.C.R. 257; *Hendricks v. R.*, [1970] Ex.C.R. 750; *Polylok Corporation v. Montreal Fast Print (1975) Ltd.*, [1984] 1 F.C. 713; (1983), 1 C.I.P.R. 113; 76 C.P.R. (2d) 151; 41 C.P.C. 294; 52 N.R. 218 (C.A.).

COUNSEL:

Andrew J. Ness for plaintiff/cross-defendant.

Mondel Transport Inc. (demanderesse)

c.

^a Afram Lines Ltd. (défenderesse)

et

^b Afram Lines Ltd. (demanderesse reconventionnelle)

c.

^c Mondel Transport Inc. et Sa Majesté la Reine du Chef du Canada (défenderesses reconventionnelles)*RÉPERTORIÉ: MONDEL TRANSPORT INC. c. AFRAM LINES LTD. (1^{re} INST.)***^d Section de première instance, juge Addy—Ottawa, 26 septembre et 3 octobre 1990.**

Pratique — Jugements et ordonnances — Annulation ou modification — Requête visant à réexaminer les dispositions du jugement pour y ajouter les intérêts — Bien que les parties n'aient pas réclamé d'intérêts dans leurs actes de procédure, elles ont mutuellement convenu au cours de l'instruction de modifier leurs demandes respectives de façon à y ajouter des intérêts avant jugement et des intérêts après jugement au taux de 11 % et la Cour approuve l'entente — La Cour a la compétence voulue pour examiner la requête conformément à la Règle 337(5)(b) et 337(6) des Règles de la Cour fédérale — ^e L'omission d'accorder des intérêts est imputable à un oubli accidentel — La requête est accueillie.

LOIS ET RÈGLEMENTS

^g Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 337(5),(6).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS CITÉES:

^h Merco Nordstrom Valve Company and Peacock Brothers Limited v. J. F. Comer, [1942] R.C.É. 156; [1942] 1 D.L.R. 316; (1942), 1 C.P.R. 177; 2 Fox. Pat. C. 8; *N.M. Paterson & Sons Ltd. v. Canadian Vickers Ltd.*, [1959] R.C.É. 289; *Verreault Navigation Inc. v. Coopérative de Transport Maritime et aérien*, [1969] 2 R.C.É. 257; *Hendricks c. R.*, [1970] R.C.É. 750; *Polylok Corporation c. Montreal Fast Print (1975) Ltd.*, [1984] 1 C.F. 713; (1983), 1 C.I.P.R. 113; 76 C.P.R. (2d) 151; 41 C.P.C. 294; 52 N.R. 218 (C.A.).

AVOCATS:

^j Andrew J. Ness pour la demanderesse/défenderesse reconventionnelle.

David G. Colford for defendant.
Danièle Dion for cross-defendant Her Majesty the Queen.

David G. Colford pour la défenderesse.
Danièle Dion pour la défenderesse reconventionnelle Sa Majesté la Reine.

SOLICITORS:

Marler, Sproule & Pilotte, Montréal, for plaintiff/cross-defendant.
Brisset Bishop Davidson, Montréal, for defendant.
Deputy Attorney General for cross-defendant Her Majesty the Queen.

a PROCUREURS:

Marler, Sproule & Pilotte, Montréal, pour la demanderesse/défenderesse reconventionnelle.
Brisset Bishop Davidson, Montréal, pour la défenderesse.
Le sous-procureur général du Canada pour la défenderesse reconventionnelle Sa Majesté la Reine.

The following are the reasons for order rendered in English by

c *Voici les motifs de l'ordonnance rendus en français par*

ADDY J.: By notice of motion dated September 20, 1990, the plaintiff Mondel, which was successful in its claim against the defendant Afram, applies under Rule 337(5) and (6) [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663] for a reconsideration of the terms of my judgment pronounced in this matter on September 14, 1990 [[1990] 3 F.C. 684].

d LE JUGE ADDY: Dans un avis de requête en date du 20 septembre 1990, la demanderesse Mondel, dont l'action intentée contre la défenderesse Afram a été accueillie, me demande, conformément à la Règle 337(5) et 337(6) [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663] de réexaminer les dispositions du jugement que j'ai prononcé dans le présent litige le 14 septembre 1990 [[1990] 3 C.F. 684].

The request is that pre-judgment and post-judgment interest be included in the judgment.

e Elle demande que les intérêts avant et après jugement soient inclus dans le jugement.

In the written pleadings there was no mention of any claim for interest. In the conclusion of my reasons for judgment which were issued simultaneously with the formal judgment, I stated [at page 700]:

f Aucune demande d'intérêts n'est formulée dans les actes de procédure. Dans la conclusion de mes motifs de jugement qui ont été rendus en même temps que le jugement officiel, j'ai dit ce qui suit [à la page 700]:

Since no claim was made by Mondel for interest from the date of the tort, interest on its claim shall run from the date of judgment.

g Étant donné que Mondel n'a pas demandé le paiement d'intérêts à compter de la date du délit, les intérêts sur sa réclamation commenceront à courir à compter de la date du jugement.

Although no written order nor freshly amended statement of claim was issued, the latter was in fact amended pursuant to an oral motion at trial agreed upon by both parties. Strangely enough, neither the plaintiff in its claim nor the defendant in its counterclaim had included a claim for interest. As a result, during the hearing both of them agreed that their claims would be amended by adding the following:

h Bien qu'aucune ordonnance écrite n'ait été rendue et qu'aucune déclaration nouvellement modifiée n'ait été déposée, la déclaration a effectivement été modifiée suivant une requête verbale présentée au procès d'un commun accord entre les parties. Fait étrange, ni la demanderesse, dans sa déclaration, ni la défenderesse, dans sa demande reconventionnelle, n'avaient demandé des intérêts. En conséquence, au cours de l'audience, toutes deux ont convenu que leurs demandes devraient être modifiées par l'ajout de ce qui suit:

Together with interest at the rate of eleven percent (11%) from January 13th, 1986 to the date of Judgment. And then, at the rate of eleven percent (11%) post Judgment until payment.

i [TRADUCTION] Ainsi que les intérêts au taux de onze pour cent (11 %) à compter du 13 janvier 1986 jusqu'à la date du jugement et, par la suite, au taux de onze pour cent (11 %) jusqu'au paiement.

It is obvious from my reasons that I completely omitted to consider this agreement between the parties. Furthermore, it had been mutually agreed that whoever was successful could claim interest at the above-mentioned rate both before and after judgment without the necessity of adducing evidence as to the rate of interest to be granted or as to the date from which it was to be calculated. It is evident, on examining the transcript of the proceedings at trial, at pages 57 to 62 of volume I, that the motions of both parties and the agreement as to calculations of interest were granted and accepted by the Court. The sole issue which I have to decide on this present motion is whether I have jurisdiction to entertain it. Counsel for the defendant Afram maintains that I lack such jurisdiction. He relied upon the following cases: *Merco Nordstrom Valve Company and Peacock Brothers Limited v. J. F. Comer*, [1942] Ex.C.R. 156; *N.M. Paterson & Sons Ltd. v. Canadian Vickers Ltd.*, [1959] Ex.C.R. 289; *Verreault Navigation Inc. v. Coopérative de Transport Maritime et aérien*, [1969] 2 Ex.C.R. 257; *Hendricks v. R.*, [1970] Ex.C.R. 750; *Polylok Corporation v. Montreal Fast Print (1975) Ltd.*, [1984] 1 F.C. 713 (C.A.).

A careful reading of these cases has failed to convince me that I cannot entertain the plaintiff's motion. On the facts this case is quite easily distinguishable from all of them.

Rule 337(5)(b) provides that the Court, as constituted at the time of pronouncement, may, after pronouncement of judgment, entertain such a motion where "some matter that should have been dealt with has been overlooked or accidentally omitted". Rule 337(6), in addition to providing for the correction of clerical mistakes in judgments, also provides that "errors arising therein from any accidental slip or omission, may at any time be corrected by the Court without an appeal". It is abundantly clear that I failed to allow interest because I overlooked and accidentally omitted to consider not only the fact that a claim for interest was included in the pleadings and therefore should have been dealt with by the Court but, that there existed a binding agreement between the parties

Une lecture de mes motifs indique clairement que j'ai complètement omis de tenir compte de cette entente entre les parties. En outre, selon l'entente mutuelle entre les parties, celle qui aurait gain de cause pourrait réclamer des intérêts avant jugement et des intérêts après jugement aux taux susmentionnés, sans qu'il soit nécessaire de présenter une preuve concernant le taux d'intérêt à accorder ou concernant la date à compter de laquelle lesdits intérêts devaient être calculés. Il appert manifestement de la transcription de l'audience, aux pages 57 à 62 du volume I, que la Cour a accordé et accepté les requêtes des deux parties et l'entente concernant le calcul des intérêts. La seule question que je dois trancher en l'espèce est celle de savoir si j'ai la compétence voulue pour examiner la présente requête. Selon l'avocat de la défenderesse Afram, je n'ai pas cette compétence. L'avocat invoque les arrêts suivants: *Merco Nordstrom Valve Company and Peacock Brothers Limited v. J. F. Comer*, [1942] R.C.É. 156; *N.M. Paterson & Sons Ltd. v. Canadian Vickers Ltd.*, [1959] R.C.É. 289; *Verreault Navigation Inc. v. Coopérative de Transport Maritime et aérien*, [1969] 2 R.C.É. 257; *Hendricks c. R.*, [1970] R.C.É. 750; *Polylok Corporation c. Montreal Fast Print (1975) Ltd.*, [1984] 1 C.F. 713 (C.A.).

Après avoir lu attentivement ces décisions, je ne suis pas convaincu que je ne puis examiner la requête de la demanderesse. La situation dont je suis actuellement saisi est bien différente des faits de ces jugements-là.

Selon la Règle 337(5)(b), la Cour, telle qu'elle est formée au moment où elle rend son jugement, peut, après le prononcé du jugement, examiner cette requête lorsqu'«on a négligé ou accidentellement omis de traiter d'une question dont on aurait dû traiter». En plus d'autoriser la correction d'erreurs d'écriture que comportent les jugements, la Règle 337(6) prévoit que «des erreurs de rédaction ou autres erreurs d'écriture ou omissions accidentelles peuvent toujours être corrigées par la Cour sans procéder par voie d'appel». Il est évident que j'ai omis d'accorder des intérêts, parce que j'ai oublié et que j'ai accidentellement omis de tenir compte non seulement du fait qu'une demande d'intérêts était formulée dans les actes de procédure, demande que j'aurais dû examiner, mais

and approved by the Court that, if the plaintiff were successful, interest at eleven percent (11%) per annum would be awarded and that such interest would be calculated from January 13, 1986, until payment of the sum adjudged to be payable.

My formal judgment will therefore be amended accordingly. The plaintiff will be entitled to its costs of this motion.

a aussi du fait qu'il y avait une entente qui liait les parties, que la Cour a approuvée et selon laquelle, si l'action de la demanderesse était accueillie, des intérêts au taux de onze pour cent (11 %) l'an seraient accordés et calculés à compter du 13 janvier 1986 jusqu'au paiement de la somme devant être payée d'après le jugement.

b Mon jugement officiel sera donc modifié en conséquence. La demanderesse aura droit à ses dépens de la présente requête.

T-292-90

T-292-90

Chun Tung Fong (Applicant)

v.

Minister of Employment and Immigration (Respondent)*INDEXED AS: FONG v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T.D.)*

Trial Division, McNair J.—Calgary, June 5; Ottawa, July 24, 1990.

Immigration — Application for permanent residence denied for failure to meet job requirements — Zero units of assessment for experience factor — Failure to go beyond intended job description and direct line of questioning to work experience broken down into constituent elements to assess adaptability to intended occupation error in law — Failure to afford opportunity to answer case against him once apparent application likely to fail breach of duty of fairness — Duty to apprise applicant of immediate impression as to deficiency of proof of intended employment allowing applicant to disabuse visa officer of crucial impression.

This was a motion for *certiorari* quashing a visa officer's denial of permanent resident status and *mandamus* directing the respondent to reconsider the request for permanent residence according to law. The visa officer gave the applicant zero units of assessment for the experience factor set out in the *Immigration Regulations, 1978* thus causing him to fall three points short of the passing grade. The applicant had been offered employment in Canada as a production line manager for a skiwear manufacturer. The job requirements included at least ten years' experience on a production line with a clothing manufacturer and experience in supervision and instruction of staff on a production line. On his application, the applicant indicated his intended occupation was garment factory supervisor and set out his work history, including operation of his own sewing business workshop from 1978 to 1980, self-employment as a subcontractor and agent of sewing work for a large clothing manufacturer from 1980 to 1986, and employment to date as a sample maker for another company. The applicant's employment summary showed twenty years' experience in the garment industry. After interviewing the applicant through an interpreter, a visa officer ruled that the applicant had not met the job requirements as he had not proved that he had ten years' experience on a production line with a clothing manufacturer or that he had any experience in the supervision and instruction of staff. At the conclusion of the interview, the visa officer asked the applicant whether there was any other relevant information that had not been covered and that he wished to add for consideration. The applicant responded that he desired to join family living in Canada, but did not elaborate on his employment background. The issues were whether the visa

Chun Tung Fong (requérant)

c.

Ministre de l'Emploi et de l'Immigration (intimé)*RÉPERTORIÉ: FONG c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (1^{re} INST.)*

b Section de première instance, juge McNair—Calgary, 5 juin; Ottawa, 24 juillet 1990.

Immigration — La demande de résidence permanente du requérant a été rejetée au motif qu'il ne satisfaisait pas aux exigences de l'emploi — Aucun point d'appréciation n'a été accordé pour le facteur de l'expérience — Le fait de ne pas être allé au-delà de la description de la profession envisagée et de ne pas avoir orienté les questions sur l'expérience de travail en la décomposant selon ses éléments constitutifs dans le but d'évaluer la possibilité de les adapter et de les appliquer à la profession envisagée constitue une erreur de droit — Le fait de ne pas avoir accordé au requérant la possibilité de répondre aux allégations formulées contre lui lorsqu'il est devenu évident que la demande échouerait probablement constitue un manquement à l'obligation d'agir avec équité — L'agent des visas était tenu de faire connaître au requérant son impression première au sujet de l'insuffisance des éléments de preuve concernant l'emploi envisagé et de permettre au requérant de le déromper de cette impression cruciale.

Il s'agit d'une requête visant à obtenir un bref de *certiorari* annulant la décision par laquelle un agent des visas a refusé d'accorder le statut de résident permanent au requérant, ainsi qu'un bref de *mandamus* enjoignant à l'intimé de réexaminer la demande de résidence permanente conformément à la loi. L'agent des visas n'a accordé au requérant aucun point d'appréciation pour le facteur de l'expérience prévu au *Règlement sur l'immigration de 1978*, de sorte que le requérant a obtenu trois points de moins que la marque de passage. Le requérant s'était vu offrir un emploi au Canada comme directeur de chaîne de production chez un fabricant de vêtements de ski. Ce poste exigeait notamment au moins dix années d'expérience sur une chaîne de production chez un fabricant de vêtements et de l'expérience en surveillance et en direction de personnel de chaînes de production. Dans sa demande, le requérant a déclaré que la profession qu'il envisageait d'exercer était celle de contremaître dans une manufacture de vêtements et il a relaté ses antécédents professionnels. Il a précisé qu'il avait dirigé son propre atelier de couture de 1978 à 1980, que de 1980 à 1986, il avait travaillé à son compte comme sous-traitant et agent de travaux de couture pour un gros fabricant de vêtements et que, depuis lors, il confectionnait des modèles pour une autre compagnie. Le curriculum vitæ du requérant indiquait qu'il possédait vingt années d'expérience dans l'industrie du vêtement. Après avoir interrogé le requérant par le truchement d'un interprète, l'agent des visas a conclu que le requérant ne satisfaisait pas aux conditions d'emploi, car il n'avait pas prouvé qu'il avait dix années d'expérience sur une chaîne de production chez un fabricant de vêtements ou qu'il avait de l'expérience en surveillance et en direction de personnel. À la

officer erred in law or breached the duty of fairness in not breaking down the constituent elements of each of the jobs indicated in the work history and considering the same when analyzing the production line job to determine whether the applicant met the requirements.

Held, the motion should be allowed.

The visa officer erred in law and breached the duty of fairness in not going beyond the job description of production line manager and the CCDO definition thereof, and in not directing a specific line of questioning as to the applicant's actual work experience in the garment industry broken down into its constituent elements to properly assess their adaptability or transferability to the intended occupation. He should have given the applicant an opportunity to answer the specific case against him on the issue of related experience *vis-à-vis* the job offer by adopting an appropriate line of questioning once it became apparent that the application was likely to fail on that score.

There was a further breach of the duty of fairness in the visa officer's failure to apprise the applicant of his immediate impression regarding the deficiency of proof of intended and related employment and the likely consequences thereof in order to afford the applicant some opportunity of disabusing the visa officer of that crucial impression.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.
Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77, c. 52, s. 6.
Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, ss. 8(1)(a) (as am. by SOR/85-1038, s. 3), 9(1), 11(1)(b) (as am. by SOR/79-167, s. 4).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

In re H. K. (An Infant), [1967] 2 Q.B. 617 (H.L.); *Hajariwala v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 2 F.C. 79; (1988), 34 Admin. L.R. 206; 23 F.T.R. 241; 6 Imm.L.R. (2d) 222 (T.D.); *Fung v. Minister of Employment and Immigration* (1989), 27 F.T.R. 182 (F.C.T.D.); *Wang (L.) v. Minister of Employment and Immigration* (1988), 23 F.T.R. 257; 7 Imm.L.R. (2d) 130 (F.C.T.D.).

fin de l'entrevue, l'agent des visas a demandé au requérant s'il voulait ajouter d'autres renseignements utiles qui n'avaient pas été abordés et dont il voulait que l'agent tienne compte. Le requérant a répondu qu'il désirait rejoindre les membres de sa famille qui vivaient au Canada, mais il n'a pas donné de détails sur ses antécédents professionnels. Le débat porte sur la question de savoir si l'agent des visas a commis une erreur de droit ou a manqué à son obligation d'agir avec équité en ne décomposant pas les éléments constitutifs de chacun des emplois signalés par le requérant dans ses antécédents professionnels et en n'en tenant pas compte en analysant le poste de directeur de chaîne de production en vue de déterminer si le requérant répondait aux exigences.

Jugement: la requête devrait être accueillie.

L'agent des visas a commis une erreur de droit et a manqué à son obligation d'agir avec équité en n'allant pas au-delà de la description de la profession de directeur de chaîne de production et de la définition que la CCDP en donne, et en n'orientant pas de façon précise ses questions sur l'expérience réelle de travail du requérant dans l'industrie du vêtement en la décomposant selon ses éléments constitutifs dans le but de bien évaluer la possibilité de les adapter et de les appliquer à la profession envisagée. Il aurait dû accorder au requérant la possibilité de répondre aux allégations précises formulées contre lui sur la question de l'expérience connexe par rapport à l'offre d'emploi en orientant comme il se doit ses questions lorsqu'il est devenu évident que la demande échouerait probablement à ce chapitre.

L'agent des visas a également manqué à son obligation d'agir avec équité en ne faisant pas connaître au requérant sa première impression au sujet de l'insuffisance des éléments de preuve concernant l'emploi envisagé et les emplois connexes et en ne lui expliquant pas les conséquences qui pouvaient en découler. En agissant ainsi, l'agent des visas n'a pas donné au requérant la possibilité de le détromper de cette impression cruciale.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 18.
Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-77, chap. 52, art. 6.
Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 8(1)(a) (mod. par DORS/85-1038, art. 3), 9(1), 11(1)(b) (mod. par DORS/79-167, art. 4).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

In re H. K. (An Infant), [1967] 2 Q.B. 617 (H.L.); *Hajariwala c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 2 C.F. 79; (1988), 34 Admin. L.R. 206; 23 F.T.R. 241; 6 Imm.L.R. (2d) 222 (1^{re} inst.); *Fung c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1989), 27 F.T.R. 182 (C.F. 1^{re} inst.); *Wang (L.) c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1988), 23 F.T.R. 257; 7 Imm.L.R. (2d) 130 (C.F. 1^{re} inst.).

CONSIDERED:

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.

REFERRED TO:

Rothmans of Pall Mall Canada Ltd. v. Minister of National Revenue (No. 2), [1976] 2 F.C. 512; [1976] CTC 347 (C.A.).

AUTHORS CITED

Rotenberg, C. L. "Conundrum: Immigration Selection—Occupational and Experience Factors" 6 *Imm. L.R.* (2d) 24.

COUNSEL:

Peter W. Wong for applicant.
Barbara Ritzen for respondent.

SOLICITORS:

Major, Caron & Company, Calgary, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

MCNAIR J.: This is an originating motion by the applicant pursuant to section 18 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] seeking relief from a visa officer's decision of July 26, 1989 denying him permanent resident status. More specifically, the claims for relief comprise a declaration that the officer's decision was erroneous and contrary to the duty of fairness and the rules of natural justice, an order of *certiorari* to quash the same, and an order for a writ of *mandamus* directing the respondent to reconsider and process the applicant's request for permanent residence in Canada according to law and to determine whether or not to grant landing accordingly.

Essentially, the grounds of the application are that the visa officer erred in assessing the applicant at zero units of assessment for the experience factor set out as item 3 in column 1 of Schedule I

DÉCISION EXAMINÉE:

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.

DÉCISION MENTIONNÉE:

Rothmans of Pall Mall Canada Ltd. c. Le Ministre du Revenu national (n° 2), [1976] 2 C.F. 512; [1976] C.T.C. 347 (C.A.).

DOCTRINE

Rotenberg, C. L. «Conundrum: Immigration Selection—Occupational and Experience Factors» 6 *Imm. L.R.* (2d) 24.

AVOCATS:

Peter W. Wong pour le requérant.
Barbara Ritzen pour l'intimé.

PROCUREURS:

Major, Caron & Company, Calgary, pour le requérant.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

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

LE JUGE MCNAIR: Il s'agit d'une requête introductive d'instance présentée par le requérant en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), chap. F-7] en vue d'obtenir réparation à l'égard d'une décision datée du 26 juillet 1989 par laquelle un agent des visas a refusé de lui accorder le statut de résident permanent. Plus précisément, le requérant conclut au prononcé d'un jugement déclaratoire portant que la décision de l'agent des visas était erronée et contraire à l'obligation d'agir avec équité et aux règles de justice naturelle, ainsi qu'au prononcé d'une ordonnance de bref de *certiorari* annulant la décision en question et d'une ordonnance de bref de *mandamus* enjoignant à l'intimé de réexaminer la demande de résidence permanente au Canada du requérant conformément à la loi et de déterminer s'il y a lieu de lui accorder ou non le droit d'établissement en conséquence.

Les moyens invoqués au soutien de la requête sont essentiellement que l'agent des visas a commis une erreur en n'accordant au requérant aucun point d'appréciation pour le facteur de l'expérience

to the *Immigration Regulations, 1978*, [SOR/78-172 (as am. by SOR/79-167, s. 4)] pursuant to paragraph 11(1)(b) thereof. Applicant's counsel has no quarrel with the visa officer's assessment in respect of the other selection criteria which, in this case, total 67 points out of a possible 100, thus falling three points short of the passing grade of 70. Moreover, applicant's counsel concedes that he has the onus of proving error in law on the part of the visa officer and, or alternatively, breach of a duty of fairness, failing which the request for the prerogative relief of *certiorari* and *mandamus* cannot avail. If I apprehend the matter correctly, the claim for declaratory relief is abandoned in face of the objection by respondent's counsel that declaratory relief cannot be sought by originating motion, but only by an action: *Rothmans of Pall Mall Canada Ltd. v. Minister of National Revenue (No. 2)*, [1976] 2 F.C. 512 (C.A.). In any event, the point was not argued by applicant's counsel. Applicant's counsel further argues that the visa officer seriously erred by failing to consider the applicant's related experience and to break down the job offer requirements and the Canadian Classification Dictionary of Occupations (CCDO) classification into their respective component parts.

The application for permanent residence by the applicant began with an application of undertaking and assistance by his sister, who was a Canadian citizen and married and living in Calgary, dated November 1, 1988. On March 16, 1989 confirmation of an offer of employment for the applicant of production line manager was approved at the Calgary centre of the Commission. The offer was from Sun Ice Limited, a Calgary-based multinational corporation specializing in the production and sale of ski-wear. The job description contained therein read as follows:

Responsible for productivity of line reporting to shift manager. Correct and assist employees in performing their tasks. Ensure availability of raw materials for the line. Learn to operate computer equipment which controls the line.

prévu à l'article 3 de la colonne 1 de l'annexe I du *Règlement sur l'immigration de 1978* [DORS/78-172 (mod. par DORS/79-167, art. 4)], en vertu de l'alinéa 11(1)b) du règlement en question. L'avocat du requérant ne conteste pas l'appréciation faite par l'agent des visas au sujet des autres critères de sélection pour lesquels, en l'espèce, le requérant a accumulé au total 67 points sur une possibilité de 100, c'est-à-dire trois points de moins que la marque de passage de 70. De plus, l'avocat du requérant reconnaît qu'il lui incombe de prouver que l'agent des visas a commis une erreur de droit ou, à titre subsidiaire, qu'il a manqué à son obligation d'agir avec équité, à défaut de quoi la demande de brefs de prérogative de *certiorari* et de *mandamus* ne peut réussir. Si j'ai bien saisi, le requérant s'est désisté de sa demande de jugement déclaratoire, vu l'exception soulevée par l'avocate de l'intimé, qui prétend qu'un jugement déclaratoire ne peut être demandé par voie de requête introductive d'instance mais uniquement au moyen d'une action (*Rothmans of Pall Mall Canada Ltd. c. Le Ministre du Revenu national (n° 2)*, [1976] 2 C.F. 512 (C.A.)). De toute façon, la question n'a pas été débattue par l'avocat du requérant. L'avocat du requérant soutient en outre que l'agent des visas a commis une grave erreur en ne tenant pas compte de l'expérience connexe du requérant et en ne décomposant pas les exigences de l'offre d'emploi et du poste de la Classification canadienne descriptive des professions (CCDP) en leurs composants respectifs.

Le requérant a débuté sa demande de résidence permanente le 1^{er} novembre 1988 par une demande de promesse d'aide de sa sœur, qui est citoyenne canadienne et qui vit à Calgary. Le 16 mars 1989, la confirmation d'une offre d'emploi du requérant comme directeur de chaîne de production a été approuvée par le centre de Calgary de la Commission. L'offre provenait de Sun Ice Limited, une société multinationale dont le centre d'opérations est Calgary et qui se spécialise dans la production et la vente de vêtements de ski. Voici la description d'emploi contenue dans l'offre en question:

[TRADUCTION] Sous les ordres directs du chef d'équipe, le titulaire du poste est responsable de la productivité de la chaîne. Il reprend les employés et les aide à exécuter leurs tâches. S'assure que les matières premières sont disponibles pour la chaîne. Apprend à faire fonctionner l'équipement informatisé qui commande la chaîne.

The job requirements specified in the confirmation were as follows:

Must be proficient in skills of pattern making, cutting, sewing on production line for clothing manufacturer with at least 10 years experience. Must have experience in supervision and instruction of staff on production line.

This was followed by an application for permanent residence dated on or about April 24, 1989 in which the applicant indicated his intended occupation in Canada as being that of garment factory supervisor. The application set out the applicant's work history, showing that he had operated his own sewing business workshop from 1978 to 1980, that he had been a self-employed subcontractor and agent of sewing work on behalf of a large clothing manufacturer for the period from 1980 to 1986 and that from then until the present he was a sample maker for Single Hearted Garment Co., Ltd.

Sometime in June of 1988 the applicant was interviewed in Hong Kong by Victor Rempel, vice-president of Sun Ice Limited, who satisfied himself that the applicant had the experience and capability to meet the job requirements of production line manager, subject to his undergoing a period of training to familiarize himself with the computerized nature of the production line so that he could handle the job fully.

On July 24, 1989 the applicant was interviewed at Hong Kong by the Second Secretary (Immigration) of the Commission, Richard B. Thornton, through an interpreter. There were no notes of this interview, nor does the record contain any computer printout pertaining thereto. What does appear in the record is a copy of a telex dated July 26, 1989 from the Commission office in Hong Kong to the Calgary office, the substantive portion of which reads:

P.I. INTERVIEWED 24JUL89 IN CONNECTION WITH A/M JOB OFFER. APPLICATION HAS BEEN REFUSED. PI DOES NOT/NOT MEET JOB REQUIREMENTS SET OUT IN SECTION G OF 2151, SINCE 1986, HE HAS BEEN SAMPLE MAKER IN GARMENT FACTORY; PREVIOUSLY HE WORKED OUT OF HIS HOME AS SELF-EMPLOYED SEWER. CERTAINLY DOES NOT/NOT POSSESS THE MANAGEMENT AND PRODUCTION LINE EXPERIENCE REQUIRED. MOREOVER, IN VIEW OF PIS LACK OF ENGLISH AND LIMITED EDUCATION AND FUNDS, CASE IS A FAILURE ON POINTS, PLEASE NOTIFY ER/SPONSOR.

Voici les qualités requises qui étaient précisées dans la confirmation:

[TRADUCTION] Le titulaire du poste doit être très compétent en réalisation de patrons, en coupe et en couture sur chaîne de production de fabricant de vêtements et posséder au moins 10 ans d'expérience. Doit avoir de l'expérience en surveillance et en direction de personnel de chaînes de production.

Le 24 avril 1989, ou vers cette date, le requérant a présenté une demande de résidence permanente dans laquelle il a déclaré que la profession qu'il envisageait d'exercer au Canada était celle de contremaître dans une manufacture de vêtements. Dans sa demande, le requérant a relaté ses antécédents professionnels en précisant qu'il avait dirigé son propre atelier de couture de 1978 à 1980, que de 1980 à 1986, il avait travaillé à son compte comme sous-traitant et agent de travaux de couture pour un gros fabricant de vêtements et que depuis lors, il confectionnait des modèles pour Single Hearted Garment Co., Ltd.

Au cours du mois de juin de 1988, le requérant a été reçu en entrevue à Hong Kong par Victor Rempel, vice-président de Sun Ice Limited, qui s'est assuré que le requérant possédait l'expérience et les capacités requises pour répondre aux exigences du poste de directeur de chaîne de production, sous réserve de la formation que le requérant devait recevoir pour se familiariser avec les commandes informatisées de la chaîne de production afin de pouvoir parfaitement maîtriser cet emploi.

Le 24 juillet 1989, le requérant a été reçu en entrevue à Hong Kong par le deuxième secrétaire (Immigration) du Commissariat, Richard B. Thornton, en présence d'un interprète. Cette entrevue n'a pas été consignée par écrit et le dossier ne renferme pas de document imprimé à ce sujet. On trouve cependant au dossier la copie d'un télex daté du 26 juillet 1989 envoyé par le bureau du Commissariat à Hong Kong au bureau de Calgary. En voici le passage essentiel:

[TRADUCTION] L'IMMIGRANT ÉVENTUEL A ÉTÉ REÇU EN ENTREVUE LE 24 JUILLET 1989 AU SUJET D'UNE OFFRE D'EMPLOI. SA DEMANDE A ÉTÉ REJETÉE. L'IMMIGRANT ÉVENTUEL NE SATISFAIT PAS AUX EXIGENCES D'EMPLOI PRÉVUES À LA SECTION G DU 2151. DEPUIS 1986, IL CONFECTIONNE DES MODÈLES DANS UNE MANUFACTURE DE VÊTEMENTS. ANTÉRIEUREMENT, IL TRAVAILLAIT CHEZ LUI À SON COMPTE COMME COUSEUR. IL NE POSSÈDE CERTAINEMENT PAS L'EXPÉRIENCE REQUISE COMME DIRECTEUR OU PRÉPOSÉ DE CHAÎNE DE PRODUCTION. DE PLUS, VU SES CONNAISSANCES INSUFFISANTES DE L'ANGLAIS ET SES ÉTUDES ET SES RESSOURCES LIMITÉES, SON DOSSIER ÉCHOUE AU CHAPITRE DES POINTS D'APPRÉCIATION. VEUILLEZ AVISER SA RÉPONDANTE.

This was followed by a letter of rejection dated July 26, 1989, which alluded to the selection criteria and the necessity of achieving a sufficient number of credits, and concluded in the following vein:

As you have not accumulated sufficient credits under the abovementioned selection criteria, you do not meet the requirements for admission to Canada as an independent applicant.

The statutory provisions most relevant to the present case are paragraph 8(1)(a) [as am. by SOR/85-1038, s. 3], subsection 9(1) and paragraph 11(1)(b) of the *Immigration Regulations, 1978*, as amended.

Filed in support of the application are two affidavits of the applicant's sister and sponsor, Kelly Chee Chu Wong, the first sworn on January 2, 1990 and the second sworn on June 5, 1990, as well as the affidavit of Victor Rempel, sworn on January 3, 1990. Affidavits filed in opposition were those of Douglas R. Haaland, program specialist of the respondent, sworn on April 17, 1990, identifying the applicant's file, and the affidavit of the visa officer, Richard B. Thornton, sworn on May 16, 1990.

Mr. Rempel deposes in paragraphs 5 and 6 of his affidavit as follows:

5. It is my understanding that Mr. Fong has in excess of ten years of experience in the production and manufacturing of outerwear and other related garments. When I saw him in Hong Kong, he showed me that he was presently working on garments for another skiwear manufacturer selling their product in Alberta and elsewhere in Western Canada. I was extremely interested in his experience that he displayed.

6. That I do verily believe that the Commission for Canada in Hong Kong did not fully explore the related experience that I was interested in when I interviewed Mr. Fong. Having ten years of experience in the skiwear manufacturing business, I assessed Mr. Fong's capabilities and I felt that he was qualified to be trained for the position that he already had vast experience for.

The second affidavit of Kelly Chee Chu Wong, marked as Exhibit 1, merely identifies as an annexed exhibit a letter received under date of May 19, 1990 from the applicant's present employer, Single Hearted Garment Co., Ltd., confirming the nature of the applicant's present employment responsibilities as a sample maker,

Ce télex a été suivi par une lettre de refus datée du 26 juillet 1989, dans laquelle on faisait allusion aux critères de sélection et à la nécessité d'obtenir un nombre suffisant de points d'appréciation.

a Cette lettre se termine par ce qui suit:

[TRADUCTION] Comme vous n'avez pas accumulé suffisamment de points d'appréciation à l'égard des critères de sélection susmentionnés, vous ne respectez pas les conditions d'admission au Canada à titre de requérant indépendant.

b Les dispositions législatives qui sont les plus pertinentes à la présente affaire sont l'alinéa 8(1)*a* [mod. par DORS/85-1038, art. 3], le paragraphe 9(1) et l'alinéa 11(1)*b* du *Règlement sur l'immigration de 1978*, modifié.

c À l'appui de la demande, on a déposé deux affidavits souscrits respectivement le 2 janvier 1990 et le 5 juin 1990 par Kelly Chee Chu Wong, sœur et répondante du requérant, ainsi qu'un affidavit signé le 3 janvier 1990 par Victor Rempel. La partie adverse a déposé l'affidavit que Douglas R. Haaland, spécialiste en programmes de l'intimité, a souscrit le 17 avril 1990 pour identifier le dossier du requérant, ainsi que l'affidavit de l'agent des visas, Richard B. Thornton, signé le 16 mai 1990.

Voici ce que déclare M. Rempel aux paragraphes 5 et 6 de son affidavit:

f [TRADUCTION] 5. Je crois comprendre que M. Fong possède plus de dix années d'expérience dans la production et la confection de vêtements de dessus et de vêtements connexes. Lorsque je l'ai rencontré à Hong Kong, il m'a indiqué qu'il travaillait en ce moment sur des vêtements pour un autre fabricant de vêtements de ski qui vend ses produits en Alberta et ailleurs dans l'Ouest canadien. J'étais extrêmement intéressé par l'expérience dont il faisait preuve.

g 6. Je crois sincèrement que le bureau du Commissariat du Canada à Hong Kong n'a pas suffisamment approfondi l'expérience connexe à laquelle je me suis intéressé au cours de mon entrevue avec M. Fong. Comme il avait dix années d'expérience dans l'industrie de la fabrication de vêtements de ski, j'ai évalué les aptitudes de M. Fong et j'en suis venu à la conclusion qu'il possédait les qualités requises pour recevoir une formation à l'égard du poste pour lequel il possédait déjà une vaste expérience.

i Dans son second affidavit, déposé comme pièce 1, Kelly Chee Chu Wong se contente d'identifier la lettre datée du 19 mai 1990 qui est jointe à son affidavit et que lui a envoyée l'employeur actuel du requérant, Single Hearted Garment Co., Ltd., pour confirmer la nature des responsabilités actuelles du requérant comme confectionneur de

extolling his capabilities, and showing in particular that he was "in charge of forty workers in one production line". Counsel for the respondent raises the objection that the information contained therein is irrelevant for purposes of this proceeding in which the issue is simply to determine whether the visa officer erred on the basis of the information that was before him. The same thing could probably be said of the other affidavits, but they are at least illustrative of what is actually at stake and I propose to consider them in that context.

Also forming part of the record is the applicant's employment summary, which is in the same category as the affidavits sworn after the fact. This summary shows an impressive 20 years' experience in the garment industry from the commencement of his apprenticeship in 1968, following graduation from high school in Hong Kong. For the years 1978 to 1980, the applicant indicates that he operated his own sewing business with 16 operators and that he designed his own clothing layouts and patterns.

It must be remembered that the affidavit of the visa officer, Mr. Thornton, was made and sworn some nine months or more after the interview conducted on July 24, 1989. Respondent's counsel asserts that the affidavit was based on a computer printout of the affiant's interview notes, but there is no evidence of that nor does the affidavit so state. Consequently, the affidavit must be viewed with some circumspection, apart from its self-serving tenor. With that qualification, the most relevant portions of the Thornton affidavit are paragraphs 4, 5, 6 and 7, which read:

4. To determine whether Mr. Fong could meet the requirements of the position, I questioned him on his past and present employment duties. He confirmed the information given on his written application for permanent residence in Canada (IMM8) that he had worked from 1978-1986 as a self-employed sewer, and from 1986 to the date of the interview as a sample maker with the Single Hearted Garment Co. Ltd. He also produced a letter of reference signed by a director of that company attesting to his employment as a sample maker. Mr. Fong made no mention in his answers to my questions of having worked for at least 10 years on a production line for a clothing manufacturer, or of having

modèles, pour vanter ses aptitudes, et notamment pour préciser qu'il [TRADUCTION] «dirige quarante ouvriers d'une chaîne de production». L'avocate de l'intimé objecte que les renseignements que contient cette lettre sont sans incidence sur le présent débat, qui porte simplement sur la question de savoir si l'agent des visas a commis une erreur, compte tenu des renseignements qui avaient été portés à sa connaissance. On pourrait probablement dire la même chose des autres affidavits, mais ils servent à tout le moins à illustrer ce qui est effectivement en jeu, et je me propose de les examiner sous cet angle.

On a également versé au dossier le curriculum vitae du requérant, qui fait partie de la même catégorie que les affidavits qui ont été signés après coup. Le curriculum vitae indique que le requérant possède une expérience impressionnante de vingt années dans l'industrie du vêtement depuis qu'il a commencé son apprentissage en 1968, après avoir obtenu son diplôme de fins d'études secondaires à Hong Kong. Entre 1978 et 1980, le requérant déclare qu'il a exploité son propre atelier de couture avec 16 ouvriers et qu'il dessinait ses propres ébauches et patrons de vêtements.

Il faut se rappeler que l'affidavit de l'agent des visas, M. Thornton, a été rédigé et signé quelque neuf mois après l'entrevue menée le 24 juillet 1989. L'avocate de l'intimé affirme que l'affidavit était basé sur un document en clair des notes d'entrevue du déposant, mais cela n'est appuyé par aucune preuve et n'est pas déclaré dans l'affidavit. En conséquence, il convient d'aborder l'affidavit avec une certaine circumspection, sans parler de son caractère intéressé. Avec cette réserve, les passages les plus pertinents de l'affidavit de M. Thornton sont les paragraphes 4, 5, 6 et 7, dont voici le libellé:

[TRADUCTION] 4. Pour déterminer s'il pouvait répondre aux exigences du poste, j'ai interrogé M. Fong sur ses fonctions professionnelles présentes et passées. Il a confirmé les renseignements relatés dans sa demande écrite de résidence permanente au Canada (IMM8) suivant lesquels il avait travaillé à son compte de 1978 à 1986 comme coureur, et qu'entre 1986 et la date de l'entrevue, il avait travaillé comme confectionneur de modèles chez Single Hearted Garment Co., Ltd. Il a également produit une lettre de recommandation signée par un administrateur de cette compagnie attestant qu'il avait travaillé comme confectionneur de modèles. Dans ses réponses à mes questions, M. Fong n'a pas mentionné qu'il avait travaillé pendant au moins dix ans sur la chaîne de production d'un fabricant de vêtements, ni

- any experience in the supervision and instruction of staff on a production line.
5. As is my standard practice in all situations where refusal of an application appears likely or possible, I asked Mr. Fong at the conclusion of my questioning whether there was any other information relevant to his case that we had not covered and which he would wish to add for my consideration. To the best of my recollection, Mr. Fong mentioned at that time the presence of several family members in Canada and expressed a wish to join them. Again, to the best of my recollection, Mr. Fong did not avail himself of this opportunity to inform me as to any other information relevant to his employment background, training or skills not previously covered in my questioning or elsewhere in his application.
6. In reaching a decision to refuse Mr. Fong's case, I took into account that he had not proved that he had 10 years of experience on a production line with a clothing manufacturer (having only shown 3 years of any kind of employment with a clothing manufacturer) or that he had any experience in the supervision and instruction of staff on a production line. Knowledge of the local garment industry gained through previous interviewing experience and consultation with local experts indicates that the functions of a sample maker and those of a production line manager are separate and distinct—indeed, they appear at virtually opposite ends of the garment making process. Sample makers are not normally involved with production line activities—and vice versa. Further, the salary being paid to Mr. Fong of \$4,000 HK per month (approximately \$620 CDN) is not commensurate with local pay scales in the garment business for supervisory or managerial positions. Finally, none of the responsibilities outlined by Mr. Fong matched with those appearing in the CCDO description of production line manager to be found in Volume 1 of the CCDO manual at paragraph 1143-114; nor does he meet the training and entry requirements for such, which are outlined in Volume 2 of the CCDO as including “secondary school graduation” (Mr. Fong has completed 8 years of schooling) and “ten years of experience, supplemented by part-time or full-time courses in the speciality . . .” (Mr. Fong has neither).
7. After consideration of the foregoing, I concluded that Mr. Fong had shown neither the direct nor related employment experience to indicate that he could meet the requirements of the job offer as set out on the EMP 2151. He was therefore awarded 0 units under Factor 3 of Schedule I to the *Immigration Regulations*—and refused pursuant to the provisions of R11(1) of the *Immigration Regulations* which state that a visa officer may base a refusal upon an award of 0 units for the experience factor (item 3 of column 1 to Schedule I of the Regulations). The total number of units an applicant may be awarded pursuant to other factors set forth in Schedule I in no way fetters an officer's ability to base a refusal on the failure to compile [*sic*] with R11(1).
- qu'il avait de l'expérience en surveillance et direction de personnel de chaîne de production.
5. Comme je le fais toujours lorsque le rejet de la demande paraît possible ou probable, j'ai, à la fin de mon interrogatoire, demandé à M. Fong s'il y avait d'autres renseignements pertinents à son dossier que nous n'avions pas abordés et dont il voulait que je tienne compte. Autant qu'il m'en souviennne, M. Fong a alors déclaré que plusieurs membres de sa famille se trouvaient au Canada et qu'il désirait les rejoindre. À nouveau, autant qu'il m'en souviennne, M. Fong n'en a pas profité pour me communiquer d'autres renseignements utiles concernant ses antécédents professionnels, sa formation ou ses aptitudes qui n'avaient pas déjà été abordés dans mes questions ou ailleurs dans sa demande.
6. Pour décider de rejeter la demande de M. Fong, j'ai tenu compte du fait qu'il n'avait pas prouvé qu'il avait dix années d'expérience de travail sur une chaîne de production chez un fabricant de vêtements (n'ayant justifié que de trois années de travail de tout genre chez un fabricant de vêtements) ou qu'il avait de l'expérience en surveillance et direction de personnel de chaînes de production. Les connaissances que j'ai acquises au sujet de l'industrie locale du vêtement au cours d'interrogatoires antérieurs et de consultations d'experts locaux m'enseignent que les fonctions de confectionneur de modèles et celles de directeur de chaîne de production sont distinctes—de fait, elles semblent se situer aux deux extrémités du processus de fabrication des vêtements. Les confectionneurs de modèles n'interviennent normalement pas dans les activités de la chaîne de production—et vice versa. De plus, le salaire de 4 000 HK par mois (environ 620 \$ CAN) que touche M. Fong n'est pas comparable aux échelles salariales locales de l'industrie du vêtement pour les postes de contremaîtres ou de cadres. Finalement, aucune des responsabilités décrites par M. Fong ne correspond à celles qui figurent dans la description que la CCDO donne du poste de directeur de chaîne de production au numéro 1143-114 du volume 1 du manuel de la CCDO; il ne satisfait pas non plus aux exigences de formation et d'admissibilité de ce poste qui sont exposées au volume 2 de la CCDO, à savoir, posséder un «diplôme de fin d'études secondaires» (M. Fong a huit années de scolarité) et «dix ans d'expérience complétées par des cours à temps plein ou à temps partiel dans le domaine de leur spécialité . . . » (M. Fong n'a ni l'un ni l'autre).
7. Compte tenu de ce qui précède, j'en suis venu à la conclusion que M. Fong n'avait pas démontré qu'il possédait de l'expérience professionnelle directe ou connexe permettant de penser qu'il pouvait satisfaire aux exigences de l'offre d'emploi énoncées au EMP 2151. On ne lui a donc accordé aucun point d'appréciation pour le troisième facteur prévu à l'annexe I du *Règlement sur l'immigration*. Sa demande a été refusée en vertu du paragraphe 11(1) du *Règlement sur l'immigration*, qui déclare que l'agent des visas accordé aucun point d'appréciation pour le fait qu'aucun point d'appréciation n'a été attribué pour le facteur de l'expérience (article 3 de la colonne 1 de l'annexe I du Règlement). Le chiffre total de points d'appréciation qu'un requérant peut se voir attribuer pour les autres facteurs prévus à l'annexe I n'empêche aucunement l'agent de fonder un rejet sur le fait que le requérant ne respecte pas le paragraphe 11(1) du Règlement.

Applicant's counsel makes the point that there is no evidence of Mr. Thornton's interview notes, contrary to the usual practice. He lays particular stress on the fact that there is no indication whether the visa officer considered the applicant's related experience in order to determine whether it matched the experience required under the job offer and the accompanying CCDO classification. Counsel refers to an article entitled "Conundrum: Immigration Selection—Occupational and Experience Factors", by C. L. Rotenberg, Q.C., appearing at 6 Imm. L.R. (2d) 24 *et seq.*, which refers to the Policy Memorandum of Employment and Immigration Canada in reference to the assessment of experience and occupational demand factors in column 1 of Schedule I to the *Immigration Regulations, 1978*, and particularly the characterization of Type III appearing in the Policy Memorandum, which reads:

TYPE III The applicant has not performed the full spectrum of duties, but has nonetheless carried out some portion of the duties in the 'eligible' occupation. This argument implies that occupations may be broken down into major characteristics, e.g., some pharmacists may qualify as pharmaceutical representatives.

Applicant's counsel makes the point that the Type III analysis is a direction from the Minister to visa officers that they must look beyond titles in determining whether an applicant has the overall experience related to the position for which he claims to be qualified. According to him, the only thing we are left with in the present case is Mr. Thornton's conclusion that a sample maker is not a production line manager, and therefore lacks the requisite experience. Taking everything into account, applicant's counsel submits that the interviewing officer erred in law by refusing or neglecting to break down the constituent elements of each of the jobs indicated by the applicant in his work history and taking the same into consideration when analyzing the production line job with a view to determining whether the applicant fitted the requirements. In his submission, the failure to do so resulted in a "0" assessment, and constituted error in law.

L'avocat du requérant souligne que, contrairement à ce qui se produit habituellement, l'entrevue de M. Thornton n'a pas été consignée par écrit. Il insiste particulièrement sur le fait que rien ne permet de savoir si l'agent des visas a tenu compte de l'expérience connexe du requérant pour déterminer si elle correspondait à l'expérience exigée dans l'offre d'emploi et la classification correspondante de la CCDP. L'avocat a cité un article de M^e C. L. Rotenberg, c.r., intitulé «Conundrum: Immigration Selection—Occupational and Experience Factors», publié dans 6 Imm. L.R. (2d) 24, dans lequel l'auteur se reporte à un énoncé de principe d'Emploi et Immigration Canada relatif à l'appréciation des facteurs de l'expérience et de la demande dans la profession qui sont prévus à la colonne 1 de l'annexe I du *Règlement sur l'immigration de 1978*, et particulièrement à la qualification de la catégorie III figurant dans l'exposé de principe, dont nous reproduisons le texte:

[TRADUCTION] CATÉGORIE III Le requérant n'a pas accompli toute la gamme des fonctions, mais a néanmoins exécuté une certaine partie des fonctions de la profession «admissible». Ce raisonnement implique que les professions peuvent être décomposées selon leurs caractéristiques principales: ainsi, certains pharmaciens peuvent répondre aux conditions exigées pour les représentants pharmaceutiques.

L'avocat du requérant souligne que l'analyse de la catégorie III est une directive par laquelle le ministre indique aux agents des visas qu'ils doivent aller au-delà des appellations pour déterminer si le requérant possède l'expérience globale se rapportant au poste pour lequel il prétend posséder les qualités requises. À son avis, la seule chose qu'il nous reste dans le cas qui nous occupe est la conclusion de M. Thornton suivant laquelle un confectionneur de modèles n'est pas un directeur de chaîne de production et qu'il ne possède donc pas l'expérience requise. Il prétend que si l'on tient compte de tous les éléments, le préposé à l'entrevue a commis une erreur de droit en refusant ou en négligeant de décomposer les éléments constitutifs de chacun des emplois signalés par le requérant dans ses antécédents professionnels et d'en tenir compte en analysant le poste de directeur de chaîne de production en vue de déterminer si le requérant répondait aux exigences. À son avis, en ne tenant pas compte de ces facteurs, l'agent n'a accordé aucun point d'appréciation au requérant, ce qui constitue une erreur de droit.

Alternatively, applicant's counsel submits that the visa officer's failure to take into consideration the different job functions which the applicant performed during his entire working life in the garment industry for the purpose of assessing his job related experience amounted to a breach of the duty of fairness. He makes the further submission that there was a duty incumbent on the visa officer, once the matter of job experience had become critical to the success or failure of the application, to point the path of direction by appropriate questions, especially by reason of the applicant's language difficulty. As he put it, simply to ask if the applicant had anything further to add is another glaring breach of the duty of fairness.

Counsel for the respondent starts with the proposition that the onus rests squarely on the applicant to satisfy the visa officer that he met the selection standards established by the Regulations for purposes of determining his admissibility, by virtue of section 6 of the *Immigration Act, 1976* [S.C. 1976-77, c. 52]. Counsel contends that there is nothing to indicate that the visa officer, Mr. Thornton, failed to consider all the evidence before him in relation to the applicant's intended occupation. In her submission, what applicant's counsel is simply asking is that I substitute my opinion of the appropriate experience assessment for that of the visa officer's, contrary to the principles of *Fung v. Minister of Employment and Immigration* (1989), 27 F.T.R. 182 (F.C.T.D.) and *Wang (L.) v. Minister of Employment and Immigration* (1988), 23 F.T.R. 257 (F.C.T.D.). As to the absence of interview notes, counsel's explanation is that these were contained in a computer printout which was not generated as part of the relevant file material. Finally, respondent's counsel stresses again that there is no evidence of any failure on the part of the visa officer to make a proper assessment of the experience factor, nor is there anything indicative of a breach of the duty of fairness.

The whole issue, as it seems to me, comes down to this: whether the visa officer erred in law in the manner in which he conducted his interview by failing to delve sufficiently into the applicant's related experience in making a "0" assessment in

À titre subsidiaire, l'avocat du requérant prétend qu'en ne tenant pas compte, dans son appréciation de l'expérience professionnelle connexe du requérant, des différentes fonctions professionnelles qu'il avait exercées au cours de toutes les années où il a travaillé dans l'industrie du vêtement, l'agent des visas a manqué à son obligation d'agir avec équité. L'avocat affirme en outre que dès que la question de l'expérience professionnelle est devenue cruciale pour le succès ou l'échec de la demande, il incombait à l'agent des visas d'orienter l'entrevue en posant des questions en conséquence, spécialement eu égard aux difficultés linguistiques du requérant. Pour reprendre ses termes, le fait de se contenter de demander au requérant s'il avait quelque chose à ajouter est un autre manquement flagrant à l'obligation d'agir avec équité.

L'avocate de l'intimé part du principe qu'aux termes de l'article 6 de la *Loi sur l'immigration de 1976* [S.C. 1976-77, chap. 52], il incombait carrément au requérant de convaincre l'agent des visas qu'il satisfaisait aux normes réglementaires de sélection visant à déterminer son admissibilité. L'avocate affirme que rien ne permet de penser que l'agent des visas, M. Thornton, n'a pas tenu compte de tous les éléments de preuve dont il disposait relativement à la profession envisagée du requérant. Elle affirme que l'avocat du requérant me demande simplement de substituer mon opinion sur la juste appréciation de l'expérience à celle de l'agent des visas, contrairement aux principes dégagés dans les jugements *Fung c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1989), 27 F.T.R. 182 (C.F. 1^{re} inst.) et *Wang (L.) c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1988), 23 F.T.R. 257 (C.F. 1^{re} inst.). Quant à l'absence de notes d'entrevue, l'avocate a expliqué qu'elles étaient contenues dans un document imprimé qui n'a pas été ajouté aux pièces pertinentes du dossier. Finalement, l'avocate de l'intimé souligne une fois de plus que rien ne permet de penser que l'agent des visas n'a pas bien apprécié le facteur de l'expérience ou qu'il a manqué à son obligation d'agir avec équité.

Il me semble que tout le débat se ramène à la question de savoir si l'agent des visas a commis une erreur de droit dans la manière dont il a mené l'entrevue, en n'approfondissant pas suffisamment son examen de l'expérience connexe du requérant

respect thereof or, failing that, whether there was some breach of a duty of fairness.

In both the *Fung* and *Wang* cases, *supra*, the applicants failed to convince the visa officers that they had the necessary experience in the intended occupation, after a thoroughgoing investigation and evaluation of all pertinent factors. Indeed, in both of these cases the visa officers fairly apprised the applicants of the specific deficiencies in respect of the intended occupations, and afforded them ample opportunity to respond thereto.

In *Hajariwala v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 2 F.C. 79 (T.D.), the applicant was successful in obtaining *certiorari* quashing refusal of his request for permanent residence and *mandamus* directing that the application be reconsidered according to law on the grounds of the visa officer's error in law in failing to assess alternate work experience in relation to the intended occupation and breach of a duty of fairness to afford an opportunity to provide information in support of current experience in each included occupation. Jerome A.C.J. stated the following rationale for the decision at pages 86-87:

As the [visa] officer stated in the letter received by the applicant:

I do not believe that your various responsibilities can be broken down into separate components for the purposes of awarding you units of assessment for experience in your alternative intended occupation

Such an interpretation is a clear error of law. The Regulations permit the applicant to be assessed in "an occupation". The factors listed in column I of Schedule I require that the experience of the applicant be assessed with regard to his intended occupation. There is no reason why the actual experience and time spent in each of the various responsibilities in an occupation cannot be broken down to award units of assessment for experience in intended occupations

I should also add that as a matter of fairness the record should show that the applicant was given the opportunity to

pour n'accorder aucun point d'appréciation à ce chapitre ou, dans le cas contraire, s'il a manqué à son obligation d'agir avec équité.

Tant dans l'affaire *Fung* que dans l'affaire *Wang*, les requérants n'avaient pas réussi à convaincre les agents des visas qu'ils possédaient l'expérience nécessaire pour la profession envisagée, après un examen et une évaluation approfondis de tous les facteurs pertinents. De fait, dans ces deux affaires, les agents des visas avaient équitablement signalé aux requérants les lacunes précises que leur dossier présentait en ce qui concernait les professions envisagées et ils leur avaient donné amplement l'occasion de réagir.

Dans le jugement *Hajariwala c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 2 C.F. 79 (1^{re} inst.), le requérant a réussi à obtenir un bref de *certiorari* annulant le rejet de sa demande de résidence permanente et un bref de *mandamus* ordonnant que la demande soit réexaminée conformément à la loi au motif que l'agent des visas avait commis une erreur de droit en ne tenant pas compte de l'expérience connexe que le requérant avait acquise dans d'autres professions par rapport à la profession qu'il entendait exercer, et en raison du manquement à l'obligation d'agir avec équité que l'agent avait commis en n'offrant pas au requérant la possibilité de présenter des renseignements faisant valoir l'expérience qu'il possédait actuellement à l'égard de chacune des professions comprises. Le juge en chef adjoint Jerome a exposé dans les termes suivants le fondement de sa décision aux pages 86 et 87:

Comme l'a déclaré l'officier [des visas] dans la lettre reçue par le requérant:

[TRADUCTION] Je ne crois pas que vos diverses responsabilités puissent être divisées en des composants distincts pour vous valoir des points d'appréciation au titre de l'expérience à l'égard des professions que vous envisagez subsidiairement

Une telle interprétation est clairement entachée d'une erreur de droit. Le Règlement permet au requérant d'être évalué dans «une profession». Les facteurs énumérés dans la colonne I de l'annexe I exigent que l'expérience du requérant soit évaluée à l'égard de la profession qu'il entend exercer. Il n'y a aucune raison pour laquelle l'expérience effectivement acquise à l'égard des diverses responsabilités d'une profession et le temps effectivement passé à s'acquitter de telles responsabilités ne pourraient être divisés de façon à accorder des points d'appréciation au titre de l'expérience dans les professions projetées

Je devrais également ajouter que l'équité exige que le dossier comporte l'indication que le requérant s'est vu offrir la possibi-

provide information in support of his current experience in each included occupation. The record must equally indicate reasons which support the visa officer's assignment of a specific experience rating to the included occupations or reasons which support the refusal to do so.

In my view, there is no cogent evidence in the present case that the visa officer went beyond the intended job description of production line manager and the CCDO definition thereof and directed a specific line of questioning as to the applicant's actual work experience in the garment industry broken down into its constituent elements for the purpose of making an appropriate assessment with respect to their adaptability or transferability to the intended occupation. It is apparent from Mr. Thornton's affidavit that he made no attempt to do this. In my opinion, his failure to do so constituted an error in law. I am also of the opinion that the visa officer committed a breach of the duty of fairness by his failure to afford the applicant an adequate opportunity to answer the specific case against him on the issue of related experience *vis-à-vis* the job offer of production line manager, which could have been done and should have been done by an appropriate line of questioning, once it became apparent that the application for permanent residence was likely to fail on that score. This was the course followed by the visa officers in the *Fung* and *Wang* cases.

In the present case, Mr. Thornton chose to follow a different path. According to his standard practice in that situation, as deposed in paragraph 5 of his affidavit, he asked the applicant if there was any other information relevant to the case that had not been covered and which he might wish to add for the officer's consideration. According to the affiant's recollection, the matters mentioned by the applicant were not at all responsive to the critical issue. It is small wonder, in view of the language difficulty, despite the presence of the interpreter, and the general, rambling nature of the question, if it could even be called that.

In the case of *In re H. K. (An Infant)*, [1967] 2 Q.B. 617, Lord Parker C.J. said, at page 630:

... I doubt whether it can be said that the immigration authorities are acting in a judicial or quasi-judicial capacity as

lité de présenter des informations faisant valoir l'expérience qu'il possède actuellement à l'égard de chacune des professions comprises. Le dossier doit également indiquer les motifs appuyant l'attribution par l'agent des visas d'une appréciation particulière au titre de l'expérience à l'égard d'une profession comprise ou les motifs appuyant le refus de ce faire.

À mon avis, il n'y a pas de preuve convaincante en l'espèce pour démontrer que l'agent des visas est allé au-delà de la description de la profession envisagée de directeur de chaîne de production et de la définition que la CCDO en donne et qu'il a orienté de façon précise ses questions sur l'expérience réelle de travail du requérant dans l'industrie du vêtement en la décomposant selon ses éléments constitutifs dans le but de bien évaluer la possibilité de les adapter et de les appliquer à la profession envisagée. Il ressort à l'évidence de son affidavit que M. Thornton n'a pas fait cet effort. À mon avis, son refus de le faire constituait une erreur de droit. Je suis également d'avis que l'agent des visas a manqué à son obligation d'agir avec équité en n'accordant pas au requérant une possibilité suffisante de répondre aux allégations précises formulées contre lui sur la question de l'expérience connexe par rapport à l'offre d'emploi de directeur de chaîne de production, ce qu'il aurait pu et aurait dû faire en orientant comme il se doit ses questions lorsqu'il est devenu évident que la demande de résidence permanente échouerait probablement à ce chapitre. C'est l'attitude qu'ont adoptée les agents des visas dans les affaires *Fung* et *Wang*.

En l'espèce, M. Thornton a décidé de suivre une autre voie. Conformément à sa façon habituelle d'agir en pareil cas, il a, comme il l'a déclaré au paragraphe 5 de son affidavit, demandé au requérant s'il voulait ajouter d'autres renseignements utiles à l'affaire qui n'avaient pas été abordés et dont il voulait que l'agent tienne compte. Autant que le déposant s'en souvienne, les questions mentionnées par le requérant n'avaient rien à voir avec la question cruciale. Cela n'est pas étonnant, vu la difficulté linguistique, malgré la présence d'un interprète, et le caractère général et vide de sens de la question, si on peut même la qualifier ainsi.

Dans l'arrêt *In re H. K. (An Infant)*, [1967] 2 Q.B. 617, le juge en chef Parker a déclaré, à la page 630:

[TRADUCTION] ... Je doute qu'on puisse dire que les autorités de l'immigration agissent à titre judiciaire ou quasi judiciaire,

those terms are generally understood. But at the same time, I myself think that even if an immigration officer is not in a judicial or quasi-judicial capacity, he must at any rate give the immigrant an opportunity of satisfying him of the matters in the subsection, and for that purpose let the immigrant know what his immediate impression is so that the immigrant can disabuse him. That is not, as I see it, a question of acting or being required to act judicially, but of being required to act fairly.

Incidentally, this case was but one of the many authorities referred to by Dickson J. (later Chief Justice of Canada) in his classic judgment in *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602, regarding the availability of *certiorari* as a general remedy for failure by administrative decision-makers to exercise the duty of fairness.

Applying the principle of *In re H. K. (An Infant)*, *supra*, to the facts of the present case, I find that there was a further breach of the duty of fairness in the failure of the visa officer to apprise the applicant by appropriate questions of his immediate impression regarding the deficiency of proof of intended and related employment and the likely consequences thereof in order to afford the applicant some opportunity of disabusing the former's mind of that crucial impression.

For these reasons, the applicant's motion must succeed. Accordingly, an order will go for *certiorari* to quash the visa officer's decision of July 26, 1989, and for *mandamus* requiring the respondent to consider the application for permanent residence according to the relevant provisions of the *Immigration Act, 1976*, and the *Immigration Regulations, 1978*. The applicant is entitled to his costs of the motion.

au sens où ces termes sont généralement employés. Mais par ailleurs j'estime personnellement que même si un agent d'immigration n'agit pas à titre judiciaire ou quasi judiciaire, il doit quand même accorder au requérant l'occasion de le convaincre de l'existence des éléments mentionnés au paragraphe et, à cette fin, faire connaître sa première impression à l'immigrant pour que ce dernier puisse le détromper. Il ne s'agit pas, à mon sens, d'agir ou d'être obligé d'agir à titre judiciaire, mais d'être tenu d'agir équitablement.

Entre parenthèses, cette décision est l'un des nombreux précédents que le juge Dickson (qui n'était pas encore juge en chef du Canada) a cités dans le jugement classique qu'il a rendu dans l'affaire *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602, au sujet du recours au *certiorari* comme réparation générale à l'égard du défaut des instances décisionnelles administratives de respecter leur obligation d'agir équitablement.

Appliquant le principe posé dans l'arrêt *In re H. K. (An Infant)*, précité, aux faits de la présente affaire, je conclus que l'agent des visas a également manqué à son obligation d'agir équitablement en ne faisant pas connaître au requérant, au moyen de questions appropriées, sa première impression au sujet de l'insuffisance des éléments de preuve concernant l'emploi envisagé et les emplois connexes et en ne lui expliquant pas les conséquences qui pouvaient probablement en découler. En agissant ainsi, l'agent n'a pas donné au requérant la possibilité de le détromper de cette impression cruciale.

Par ces motifs, la requête doit être accueillie. En conséquence, la Cour prononcera une ordonnance de bref de *certiorari* annulant la décision du 26 juillet 1989 de l'agent des visas et une ordonnance de bref de *mandamus* ordonnant à l'intimé d'examiner la demande de résidence permanente conformément aux dispositions pertinentes de la *Loi sur l'immigration de 1976* et du *Règlement sur l'immigration de 1978*. Le requérant a droit aux dépens de la requête.

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.

AIR LAW

S. 28 application to set aside determination of Civil Aviation Tribunal allowing respondent's appeal from review determination by one-member tribunal holding respondent contravening s. 534(7) Air Regulations and assessing \$250 penalty—Launching air balloon without necessary authorization—Tribunal finding Regulations not applicable and authorization not necessary as launching not occurring within built-up area of city—Application allowed—Launch site “built-up area” within contemplation of s. 534(7)—Launch site on grounds of high school within city limits—Area containing industrial park and residential areas—Air Regulations, C.R.C., c. 2, s. 534(7) (as am. by SOR/84-305, s. 1).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. KINSELLA (A-810-88, Heald J.A., judgment dated 16/5/90, 5 pp.)

CITIZENSHIP

S. 18 application for *mandamus* or injunction ordering respondent to issue Certificate of Canadian Citizenship—Petitioner voluntarily naturalized under United States law and becoming American citizen—American citizenship subsequently revoked—Application denied—On becoming American citizen petitioner automatically losing Canadian citizenship pursuant to s. 15(1) of Act then in force—Canadian Citizenship Act, R.S.C. 1952, c. 33, s. 15(1).

OBRONT v. CANADA (SECRETARY OF STATE) (T-1573-90, Pinard J., order dated 3/7/90, 2 pp.)

CONSTRUCTION OF STATUTES

Unemployment Insurance Act, s. 18(3)—Application to set aside Umpire's decision allowing appeal from Board of Referees' decision confirming validity of Canada Employment and Immigration Commission's claim for reimbursement of overpayment of \$333—Upon retirement in 1985, claimant receiving lump sum payment of \$30,000—Allocated as earnings from May 1, 1985 to February 8, 1986—Thereafter entitled to twelve weeks of ordinary benefits and further fourteen weeks regional benefits—Deduction of pension received during two-week waiting period from benefits payable in respect of first three weeks of benefits—After amendments to Unemployment Insurance Act coming into effect April 5, 1987, Commission concluding pension no longer earnings during two-week waiting

CONSTRUCTION OF STATUTES—Concluded

period—Reimbursed claimant for benefits withheld during first three weeks resulting in overpayment—S. 18(3) providing where person proving that for any week during any qualifying period prevented from establishing interruption of earnings by virtue of allocation made under s. 58 of earnings paid by reason of complete severance of relationship between him and former employer, qualifying period shall be extended—Respondent argued s. 18(3) meant forty weeks of qualifying period during which retirement allowance allocated ought not to have been taken into account, entitling him to regular benefits for fifty-two weeks, not just twelve received—Umpire concluded s. 18(3) applied, even though it spoke to present, as it had regard to events of past and no cut-off date imposed—Set aside Board's decision on ground erred in holding s. 18(3) applies only to claims made after coming into force of subsection—Application allowed—Presumption against retrospective operation of statutes—S. 18(3) neither expressly nor impliedly applying retroactively or retrospectively—Commission complied with law as stood when both regular and extended benefits paid—New law not adversely affecting rights, duties or obligations of respondent—Statute construed as having retrospective effect only when person prejudicially affected—Retrospectivity affecting respondent beneficially as entitlement to benefits enhanced—As respondent failed to meet onus to rebut presumption against retrospectivity, Umpire erred in law in finding s. 18(3) having retrospective effect—Unemployment Insurance Act, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48, s. 18(3) (as am. by S.C. 1987, c. 17, s. 8)—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. SNEYD (A-430-89, Urie J.A., judgment dated 30/5/90, 6 pp.)

CONTRACTS

Plaintiff seeking repudiation and rescission—Alternatively damages as assessed by reference—Defendants seeking specific performance and counterclaim re extra expenses—Plaintiff refusing to accept 60-foot yacht built by defendants as unfit for off-shore cruising and chartering on advice of experts—Delays in finishing due to constant and numerous alterations required by plaintiff, insufficient number of skilled workmen provided by defendants and repairs required due to work improperly done—Whether fundamental breach of contract—Whether liability lying only with defendant Cooper Enterprises Ltd.—Yacht not finished at time of trial—No fundamental breach going to root of contract—Repairs made after proceedings commenced—

CONTRACTS—Concluded

Condition of vessel at delivery governing fitness for ocean cruising—On evidence vessel seaworthy after repairs—Properly built yacht not required to conform to American Bureau of Shipping Standards—Not stipulated in contract in any event—Defendants' claim of \$60,000 reduced by \$30,000 representing decreased value due to repairs—Both defendant corporate entities liable—Confusion existing in eyes of public—Business overlapping—Sharing employees—Defendant Cooper and wife sole shareholders, officers and directors of both companies—Corporate veil lifted in interests of justice—Although no direct evidence as to financial position of first defendant company, evidence company no longer building boats, selling building, property and boat mold before trial—No evidence as to placement of proceeds.

CASDEN V. COOPER ENTERPRISES LTD. (T-442-88, Walsh J., judgment dated 6/6/90, 74 pp.)

COPYRIGHT

Action for return of painting or damages—Plaintiff making painting in penitentiary while serving ten-year sentence for armed robberies—Now released and running successful commercial art and design studio—Painting remaining at penitentiary until trial—Plaintiff claiming painting done mostly during leisure time and not part of assigned duties—Defendant arguing painting project special assignment part of rehabilitation program, plaintiff paid to spend working days completing painting to hang in prison premises and materials paid for by penitentiary—Action dismissed—Evidence more consistent with employment relationship—Property of painting vesting in Crown by s. 13(3) Copyright Act—No reason to apply different criteria to literary or art work in penal environment—Copyright Act, R.S.C., 1985, c. C-42, s. 13(3).

HAWLEY V. CANADA (T-877-88, Joyal J., judgment dated 24/4/90, 22 pp.)

CORPORATIONS

Personal liability of directors—Motion to strike out statement of claim in trade mark infringement action seeking damages and permanent injunction enjoining defendants from using plaintiff's trade mark "Dermazulene" in association with beauty products—Statement of claim alleging corporate defendant and individual defendants, as sole directors of company, importing, distributing and selling identical beauty products—Applicants submitting one defendant not individually guilty of conduct complained of as not controlling mind of corporation and no allegation in statement of claim distributed infringing products in personal capacity—Also arguing response by individual defendant on behalf of corporate defendant to plaintiff's "cease and desist" letter not sufficient to implicate him individually—Test set out in *Mentmore Manufacturing Co. Ltd. v. National Merchandising Manufacturing Co. Inc.* (1978), 89 D.L.R. (3d) 195 (F.C.A.) for personal liability of directors requiring knowing, deliberate, wilful quality to participation in course of conduct constituting infringement, but calls for consideration of circumstances of each case—As (1)

CORPORATIONS—Concluded

individual defendants sole directors of corporate defendant controlling its daily activities; (2) conduct suggesting knowledge activities infringing plaintiff's rights; and (3) acted with indifference to rights of plaintiff, plaintiff entitled to proceed to trial where questions of fact and law properly determined—Application for order for particulars regarding allegation in statement of defence plaintiff's product of inferior quality dismissed—Information requested more appropriately disclosed during discovery—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 415, 419.

LABORATOIRE DR. RENAUD INC. V. 537500 ONTARIO LTD. (T-1772-89, Jerome A.C.J., order dated 3/5/90, 9 pp.)

CREDITORS AND DEBTORS

Plaintiff, judgment creditor of Lan-Mar Developments Ltd. ("Lan-Mar"), seeking to recover from M.N.R. monies on deposit to credit of employee payroll deductions account—Claiming Lan-Mar having no employees and not authorizing transfer—M.N.R. causing amount credited to Lan-Mar be transferred and applied to payment of outstanding employee deductions owing by View West Corporation—Both companies wholly owned and controlled by same principal—Principal bankrupt—Assets including shares of Lan-Mar under control of trustee in bankruptcy—Action dismissed—Funds properly transferred—Monies paid by Lan-Mar to apply to any or all outstanding payroll deduction accounts—Evidence Lan-Mar having employees—Defendant only opening account for employee deductions upon request of employer application submitted by Lan-Mar advising commenced operations with 30 employees—Undisputed evidence audit disclosing money owing for payroll deduction of Lan-Mar—Directions from clerk of process requesting transfer of credit—More than likely trustee in bankruptcy giving permission—Action statute barred—Debt or right to accounting arising at time monies deposited to payroll deduction account.

335114 ALBERTA LTD. V. CANADA (T-1213-87, Rouleau J., judgment dated 14/6/90, 13 pp.)

CROWN**CONTRACTS**

S. 18 application for *certiorari* and *mandamus* re tenders for rental of office space for new Goods and Services Tax Branch of National Revenue in Ottawa—Department of Public Works (DPW) invited submissions from four Ottawa companies: Glenview Corp. (Glenview), Thomas C. Assaly Corp. (Assaly), Seltzer (Ottawa) Realty Associates (Seltzer) and Sakt Development Corp. (Sakt)—Tender providing Crown not obliged to accept any offer—Although meeting specifications and lowest bids, Assaly and Glenview bids rejected as tender specifications themselves inadequate—Seltzer bid initially accepted but court action resulting in effectively requiring Minister to reconsider four bids in strict accordance with tender (*Thomas C. Assaly Corp. v. Canada (Minister of Public Works)*, T-720-90, Strayer J., judgment dated 19/3/90, not yet reported)—DPW determined all bids qualified but decided to

CROWN—Concluded

cancel first tender call and to re-tender to same four companies on basis of improved specifications—On basis of new bids, contract awarded to Assaly—Glenview, Seltzer and Sakto second, third and fourth—Applications attacking decision to cancel original tender and to re-tender and seeking award of contract—Applicants failing to establish entitlement to remedy—Minister did not go beyond scope of discretion in exercising right to refuse all offers—Minister not obliged to accept lowest bid meeting all criteria—No unfairness in new tender process—Decision to refuse all bids motivated by need to correct deficiencies in original tender, therefore based on reasonable and relevant considerations—Re-tendering fairest thing to do—Minister did not fail to comply with Court order requiring reconsideration of all bids in strict accordance with tender—Option to reject all bids not excluded by Court order—Minister acting in good faith throughout—Secrecy of bidding process not breached as knowledge of bids for first tender, in view of new specifications, not compromising secrecy of bids for second tender—Even if secrecy breached, *certiorari* should not issue as no real injustice resulting therefrom—*Mandamus* should not issue as no statutory duty on Minister to accept any offer and as cannot be used to compel exercise of discretion in certain manner—Claim of procedural unfairness unfounded as Minister had all relevant information before him before making decision—Applications dismissed.

GLENVIEW CORP. v. CANADA (MINISTER OF PUBLIC WORKS) (T-952-90, Denault J., order dated 24/5/90, 14 pp.)

CUSTOMS AND EXCISE**CUSTOMS ACT**

Practice—Minister seizing and holding goods until payment as authorized by statute—Plaintiffs, representing themselves, objecting and filing statement of claim—Intending to appeal Minister's decision—Motion to strike out statement of claim dismissed—S. 135 Customs Act giving plaintiffs right of appeal by way of statement of claim—Customs Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1, s. 135.

MATTU v. M.N.R. (T-675-89, Jerome A.C.J., order dated 26/3/90, 4 pp.)

FEDERAL COURT JURISDICTION**TRIAL DIVISION**

Action *in rem* and, if necessary, for order for sale of vessel tackle, apparel and furniture or for order for sale and removal and sale of marine diesel engine package—Package sold to owner of vessel by four conditional sales agreements, and delivered to builder of vessel—Conditional sales agreements registered under provincial Conditional Sales Act—Agreements providing for payment upon successful completion of sea trials—Payment never made—Defence and counterclaim alleging matters in statement of claim not contemplated by Federal Court

FEDERAL COURT JURISDICTION—Continued

Act, s. 22 or 43—Motion to strike claim for want of jurisdiction, or to stay proceedings—Defendants submitting (1) Federal Court lacking jurisdiction as claim based solely under provincial legislation; (2) as sale of goods effected by conditional sales agreement in which plaintiff retained ownership of goods, can be no action *in rem*; (3) ss. 22 and 43 not creating action *in rem* where supplier of goods never looking to owner for payment—As whether plaintiff looked to defendants for payment disputed, and no affidavit evidence, matter should be dealt with at trial—Federal Court jurisdiction under s. 22(2)(m) and (n) not ousted simply because a conditional sales agreement is the document of sale—Sale of marine diesel engine package to be installed in vessel “goods . . . supplied to ship for operation” under s. 22(2)(m)—Clause deferring payment until successful completion of sea trials implying installation of engine necessary, although not specifically referred to—Sale also relating to construction and equipping of vessel under s. 22(2)(n)—S. 22(2)(m) and (n) not restricted to claims in respect of which technical legal ownership of goods sold passed to owner of vessel—Defendants submitting provincial courts of Newfoundland most convenient forum as dispute arising out of conditional sales agreement governed by provincial law—*Yasuda Fire & Marine Insurance Co. Ltd. v. The Ship Nosira Lin*, [1984] 1 F.C. 895 (C.A.) distinguished—No evidence justice better served “at substantially less inconvenience or expense” for either party if Federal Court proceedings stayed and issues determined by provincial court—Plaintiff prejudiced by further expense if required to commence proceedings in another forum—Motion refused—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 22(1),(2)(m),(n)—The Conditional Sales Act, R.S.N. 1970, c. 56.

CHARLES R. BELL LTD. v. STEPHANIE COLLEEN (THE) (T-2606-89, Teitelbaum J., order dated 15/6/90, 8 pp.)

Application to stay proceedings before Civil Aviation Tribunal until disposal of appeal from Trial Division order, dismissing motion to quash Minister of Transport's decision cancelling plaintiff's airline operating certificate—Proceedings before Tribunal review of reasons for cancellation, pursuant to which Tribunal can recommend confirmation of decision or reissuance of certificate—Defendants not objecting to plaintiff's motion, but requesting order requiring plaintiff to prepare appeal books and to take all steps to prosecute appeal as expeditiously as possible—Whether application more properly before Federal Court of Appeal—Cases cited distinguished—In absence of clear determination Appeal Division without jurisdiction to grant order sought, Trial Judge not prepared to decide application—As Federal Court Act, s. 50(1) establishing jurisdiction of “Court”, defined as both Trial and Appeal Divisions, authority conferred by s. 50(1) devolving upon both Divisions, as case may be, by reference to particular circumstances—Appeal Division's ability to control process of appeal indicating application to stay Tribunal's proceedings more appropriately brought in that forum—Application dismissed without prejudice to reapply should Trial Division be found to be right forum—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c.

FEDERAL COURT JURISDICTION—**Concluded**

F-7, ss. 4, 50(1)—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 1206, 1207.

AZTEC AVIATION CONSULTING LTD. v. CANADA (T-3017-89, Reed J., order dated 15/5/90, 5 pp.)

(1) Defendant moving to strike out plaintiff's pleadings for abuse of process pursuant to R. 419(1)(f) on grounds action seeking same relief as previously claimed in British Columbia Supreme Court action—Claiming plaintiff's intention to apply pressure in order to force settlement—Alleging action not within Federal Court jurisdiction as agreement relating exclusively to purchase of fish—(2) Plaintiff moving for issuance of warrant to arrest vessel—Action in Supreme Court for breach of contract re fishing agreement initiated by plaintiff against defendant owners and charterers of present defendant vessel set for trial November 1990—Instant action commenced March 1, 1990 when defendant vessel arrested under warrant of Court—Order issued next day releasing vessel on grounds arrest on eve of opening of herring fishery season abuse of process of Court in light of well advanced action in Supreme Court—Order providing plaintiff having right to reapply for warrant after end of herring or salmon season—Plaintiff seeking relief in Federal Court against ship in event judgment obtained but not satisfied in provincial court action—(1) Defendant's motion dismissed—Inference re plaintiff's intention not persuasive—Case within maritime jurisdiction of Court: *Kuhr v. The "Friedrich Busse"*, [1982] 2 F.C. 709 (T.D.); *Shibamoto & Co. v. Western Fish Producers Inc.* (1989), 63 D.L.R. (4th) 549 (F.C.A.)—Although vessel not party to agreement, vessel referred to therein—Parties clearly intending use of defendant ship for purchasing fish at sea for plaintiff and so using—(2) Plaintiff's motion allowed as agreement between parties intending use of defendant vessel.

SHOGUN SEAFOODS (1985), LTD. v. "SIMON FRASER NO. 1" (THE) (T-573-90, MacKay J., order dated 14/6/90, 11 pp.)

FINANCIAL INSTITUTIONS

Action based on Small Businesses Loans Act for repayment of \$71,622 loss resulting from \$100,000 loan made to Gestion Yves Fortier Inc. November 1983—Defendant refusing to compensate plaintiff on ground demanding interest rate higher than annual maximum rate prescribed by regulation as well as "tax" for life insurance not authorized by regulation—Rate agreed upon exceeding annual maximum rate prescribed by .5%, breaching applicable Regulations and justifying refusal of compensation—If .5% not interest, then constituting prohibited "tax"—Loan not in accordance with requirements of Act and Regulations—Plaintiff's claim inadmissible—Small Businesses Loans Act, R.S.C. 1970, c. S-10, s. 3(1) (as am. by S.C. 1985, c. 8, s. 2), (2)(f) (as am. *idem*), (4) (as am. *idem*)—Small Businesses Loans Regulations, SOR/79-151, s. 15(2).

CAISSE POPULAIRE LAURIER v. CANADA (T-1008-86, Pinard J., judgment dated 2/3/90, 9 pp.)

FOREIGN CLAIMS

Plaintiff seeking order by way of *mandamus* requiring Department of External Affairs to represent him in claim for pension against German authorities—Former German national serving with German Wehrmacht October 1939 to August 1944—Prisoner of war in France and Spain until September 1949—Emigrating to Canada in 1953 and becoming Canadian citizen in 1958—Applying unsuccessfully to War Pension Administration, Bremen, Germany under German legislation for war victims on grounds developed health problems during service in Wehrmacht—Plaintiff claiming defendants discriminating against him by not pursuing claim on his behalf—Action dismissed—No discrimination under Charter—No legislation compelling Department of External Affairs to espouse claims—Strictly discretionary—No basis for *mandamus*—Matter private legal nature.

JANITZKI v. CANADA (HEALTH AND WELFARE) (T-97-89, Cullen J., judgment dated 1/5/90, 6 pp.)

FOREIGN INVESTMENT REVIEW

Practice—Appeal from order dismissing interlocutory motion for leave to introduce affidavit evidence rebutting suggestions appellants having criminal connections, and to subpoena for examination government officials re: influence of "Sharp policy" upon governmental assessment of transfer of shares in The Canadian Transit Company to Michigan corporations—"Sharp policy" statement of government policy on international bridges—Previous order requiring leave to submit further evidence after February 28, 1985—Such order within Trial Judge's implied jurisdiction to control process before him—Nature of s. 20 Foreign Investment Review Act application procedure and issues correctly considered—No error in order refusing to grant leave to admit affidavit evidence concerning unfounded allegations of criminal association—Properly applied relevancy test on whether to grant leave—Orders not depriving appellants of right to fair hearing in accordance with principles of fundamental justice as provided for in Canadian Bill of Rights, s. 2(e)—Appellants continue to enjoy right to present all relevant evidence in main s. 20 application with leave of Court—Such requirement not offending s. 2(e)—Appeal dismissed—Canadian Bill of Rights, R.S.C., 1985, Appendix III, s. 2(e)—Foreign Investment Review Act, S.C. 1973-74, c. 46, s. 20 (rep. by S.C. 1985, c. 20, s. 46).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. CENTRAL CARTAGE CO. (A-307-89, Iacobucci C.J., judgment dated 3/5/90, 5 pp.)

HUMAN RIGHTS

S. 28 application attacking Canadian Human Rights Review Tribunal decision dismissing appeal from Human Rights Tribunal decision—Latter dismissing applicant's complaint forced to take unnegotiated early retirement because of budget cuts resulting in discriminatory staff reductions in that all cuts affecting group of employees closest to retirement age—Application allowed—Tribunal erred on issue of burden of proof: whereas Act requiring complainant to establish *prima*

HUMAN RIGHTS—Concluded

facie case of discrimination, Tribunal herein required “air tight case of discrimination based on age”—Also, whereas case law establishing sufficient discrimination be a basis for employer’s decision, Tribunal misunderstood legislation to require discrimination to be exclusive ground for decision—Both Tribunals erred in consideration of complainant’s conduct—Commenting adversely on fact complainant tried to negotiate best possible deal upon learning of his imminent dismissal—No estoppel against complainant under Act resulting from failure to complain immediately—Complainant having one year to file complaint.

HOLDEN v. CANADIAN NATIONAL RAILWAY (A-151-89, MacGuigan J.A., judgment dated 4/5/90, 5 pp.)

IMMIGRATION

Appeal from Immigration Appeal Board’s majority decision refusing visa for appellant’s mother on basis admission would cause or might reasonably be expected to cause excessive demands on health or social services—Issue: adequacy of medical notification upon which refusal based—Appellant’s mother operated upon for breast cancer in 1982—Medical notification stating prognosis uncertain and mentioning “possible future requirements for extensive use of scarce and expensive medical services”—Appeal dismissed (MacGuigan J.A. dissenting)—*Per Marceau J.A.*: Use of word “possible” may have been ill chosen as Act requiring appreciation in terms of probability but looking at notification in totality, medical officers’ opinion clear they meant “probable”—Furthermore, Court should not intervene as obvious Board’s assessment not tainted by any misconception of law nor any patently erroneous understanding of medical officers’ expressed statement of opinion: *Pattar v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1988), 8 Imm. L.R. (2d) 79 (F.C.A.)—*Per Stone J.A.*: Medical notification, when read as a whole, not containing such inconsistencies as to render it invalid—*Per MacGuigan J.A.* (dissenting): The appeal should be allowed—*Badwal v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1989), 64 D.L.R. (4th) 561 (F.C.A.), wherein self-contradictory notification held to establish medical officer did not address mind to right question, cannot be distinguished and should be applied—Notification herein internally contradictory and Board erred in law in concluding contrary.

BOLA v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-417-88, Marceau and Stone J.J.A. (MacGuigan J.A. dissenting), judgment dated 18/5/90, 13 pp.)

Appeal from Trial Division decision [(1989), 27 F.T.R. 241] finding denial of natural justice with respect to respondent’s application for immigration visa—Visa officer had initially awarded respondent 8 points for experience and later changed that to nil—Improperly took account of general directives not having force of law and instructions from head office particular to case at hand—Those improperly fetter him in exercise of discretion conferred by Parliament—Motions Judge did not err in finding denial of natural justice since respondent had no opportunity to meet head office intervention of which totally unaware and which had effect of denying visa—Appeal dismissed and

IMMIGRATION—Continued

order of Trial Division varied to require respondent’s visa application be dealt with by different visa officer.

HO v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-187-89, Mahoney J.A., judgment dated 22/5/90, 2 pp.)

Appeal from decision of Immigration and Refugee Board reversing Minister’s decision sponsored immigrants inadmissible under s. 19(1)(a)(ii) of Act—Visa officer’s refusal based on medical notifications signed by two medical officers indicating both immigrants (father and daughter) mentally retarded, requiring care, unemployable and likely causing excessive demands on health and social services—Reports indicating neither having potential to be self-supporting without family assistance, although no need for continuous supervision or specialized vocational training or institutional care—Based on evidence of sponsor re ability of father to handle money, to run own farm, raise four children and pay for their education and to participate in village affairs as an elected representative and government tax collector appointee, Board rejecting medical officers’ diagnosis of mental retardation and prognosis as to excessive demands on health and social services as unreasonable—Appeal dismissed—Not reasonable to classify applicants as inadmissible under s. 19(1)(a)—Although Board wrong in finding diagnosis of mental retardation “erroneous and incorrect” as not function of Board to question correctness of medical diagnosis, Board correctly inquiring into reasonableness of officers’ opinion—Insufficient medical evidence to justify officers’ conclusion concerning father—Facts disproving conclusion concerning daughter ignored—Board not needing further medical evidence in view of nature of health problem, being mental retardation, since facts simple and ordinary—New evidence before Board used to show insufficiency of facts relied upon by medical officers—S. 22 Regulations setting out factors to be taken into account in deciding whether person inadmissible under s. 19(1)(a) of Act—Medical officers addressing one factor only, i.e. effect of disability on employability—Eliminating most factors in acknowledging no need for continuous supervision and training nor for institutional care—Literacy, linguistic proficiency, education or self-sufficiency not covered by s. 22 Regulations—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 19(1)(a)(ii)—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 22 (as am. by SOR/78-316 s. 2).

CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) v. JIWANPURI (A-333-89, Marceau J.A., judgment dated 17/5/90, 11 pp.)

PRACTICE

Motion for leave under s. 82.1 of Act to commence proceedings under s. 18 Federal Court Act for *certiorari* quashing decision of immigration officer finding insufficient humanitarian and compassionate grounds to support permanent residence application—*Mandamus* for full and fair interview—Prohibition preventing further proceedings until such interview accorded—Application granted—One-day extension granted pursuant to s. 82.1(5)—Criterion governing granting of leave:

IMMIGRATION—Concluded

whether applicants raising fairly arguable case or serious question to be determined—Serious question as to whether immigration officer taking revised guidelines of March 20, 1990 into adequate consideration in determination of humanitarian and compassionate claims—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 82.1 (as added *idem* (4th Supp.), c. 28, s. 19)—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.

LEONG V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (90-T-636, Dubé J., order dated 4/7/90, 3 pp.)

REFUGEE STATUS

S. 18 application for *certiorari* to set aside decision of immigration official refusing to consider applicant under Administrative Adjustment Program (revoked March 23, 1989) and for *mandamus* ordering respondent to consider applicant under Program—Application allowed—In December 1989, when Immigration Appeal Board granted application to extend time for filing applicant's motion for redetermination of refugee status, Board stated application considered to be filed within time—In so doing, Board implicitly rejected immigration official's reason (late filing) for refusing to consider applicant as eligible under Administrative Review Program and for considering applicant did not meet definition of "member of refugee claims backlog"—Applicant therefore entitled to have processing of application under Program resumed as has accrued or accruing right to have application considered on basis of Regulations in effect at date application filed.

TOOR V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T-851-90, Denault J., order dated 6/6/90, 3 pp.)

Applicant entering Canada from El Salvador in 1984—Determined Convention refugee by Immigration Appeal Board in 1986—Minister's permit issuing—New inquiry beginning June 1989 after new report under s. 27 of Act—Counsel asserting applicant Convention refugee as so found by Board—Adjudicator continuing inquiry in presence of member of Refugee Division—Joint decision of Adjudicator and Refugee Division member applicant eligible to have claim determined by Refugee Division—Adjudicator determining allegations in report founded and issuing conditional deportation order—S. 28 application against joint decision dismissed—Applicant not ineligible to have claim determined by Refugee Division pursuant to s. 46.01(1)(d) of Act—Adjudicator properly treating assertion as claim by applicant that Convention refugee—Convention refugee status not finally determined within meaning of s. 2(4) of Act as only Refugee Division, Federal Court of Appeal and Supreme Court of Canada having power to determine—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 2(4) (as am. *idem* (4th Supp.), c. 28, s. 1), 46.01(1)(d) (as am. *idem* (4th Supp.), c. 28, s. 14).

ARDON V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-2-90, Pratte J.A., judgment dated 9/5/90, 4 pp.)

INCOME TAX**INCOME CALCULATION**

Appeal from Tax Court decision upholding Minister's reassessment—Allocation between land and buildings of proceeds from sale of apartment building in North York—Minister reassessing in accordance with allocation in interim agreement amendment signed by both vendor and purchaser—Appeal dismissed—Plaintiff not meeting onus of dislodging Minister's position—Allocation subject of agreement between knowledgeable parties operating at arm's length—Similar in proportion to allocation agreed to by taxpayer when acquired property in 1973—Expert appraiser's evidence insufficient to overturn allocation in two previous transactions as analysis not including similar transactions in same area—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 68.

H. BAUR INVESTMENTS LTD. V. M.N.R. (T-538-88, Jerome A.C.J., judgment dated 18/5/90, 5 pp.)

Income or Capital Gain

Appeal from reassessment of plaintiff company's 1977 income tax—Reporting as capital gain share of profits received from sale of rental apartment units—Minister assessing as income—Plaintiff real estate appraisal and consultation business—Agreeing to help provide expertise and find financing for development of land owned by other party for self-owned condominiums for sale and share of profits—Purchaser found by plaintiff agreeing to buy at reduced price and to share profits with original owner and plaintiff—Plaintiff to receive 7% of net profits after sale of units for work rendered and in lieu of remaining fee—Original intention of purchaser to develop and sell condominium units—Deciding to keep as long term investment and rent units—Changing plans due to rent control and selling—Appeal allowed—Capital gain—Not from adventure in nature of trade—Facts paramount in tax cases—Plaintiff foregoing in cash approximately 3/4 of fee for services rendered in finding purchaser and developer for land—Given small percentage in possible future profits on eventual sale—When owner electing to change from condominium route to rental long term investment and offering to buy out, plaintiff declining to sell his interest—Plaintiff having no say in owner's decision to subsequently sell all units.

W. HANLEY & CO. V. CANADA (T-575-83, Collier J., judgment dated 8/5/90, 10 pp.)

PRACTICE

Motion for production of documents and reattendance for examination thereon—Plaintiff including \$18,256 in 1979 return as cumulative Canadian exploration expenses for tunnelling costs incurred in development of underground mine—Surface mine in production—Defendant reassessing and reclassifying amount as costs of acquisition of depreciable assets based on assumption of fact underground mine extension of surface mine—Evidence assertion based on other similar situations—Defendant refusing to produce documents from other files—Motion dismissed—Application of relevancy test based on principle governing income tax appeals taxpayer must be

INCOME TAX—Concluded

permitted access to all documents relevant or relied upon by M.N.R.—Documents pertaining to other mining companies not relevant—Not relied upon by Minister in formulating assumptions of fact and reassessment.

ORO DEL NORTE, S.A. v. CANADA (T-1947-86, Jerome A.C.J., order dated 9/5/90, 8 pp.)

RESERVES

Reassessment for 1979 and 1980 taxation years—Sale of real estate in 1976—In 1989 judgment, Federal Court of Appeal confirmed proceeds of sale income, not capital gain as claimed for 1976, 1977 and 1978 taxation years—Tax treatment of reserves for uncollected proceeds for 1979 taxation year—Reassessment for 1979 issued in 1987 adding \$963,431 reserve to 1979 income—Issue whether reassessment statute barred pursuant to Act, s. 152(4)(c) as over four years after date of original assessment—Reassessment not statute barred if MNR can prove taxpayer in filing return made misrepresentation attributable to either neglect, carelessness, wilful default or fraud—Even though taxpayer aware MNR did not accept view proceeds from 1976 sale capital gain, continued to treat it as such in 1979 return—Practice generally recognized as entirely proper—Failure to reassess in time not due to any misrepresentation by taxpayer but simply to total failure on part of National Revenue to consider information before it—With respect to reassessment for 1980, taxpayer successful in proving basic fact on which assessment rested did not exist—No rule of common law or equity assisting taxing authority to obtain revenue lost through own negligence—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 152(4)(c) (as am. by S.C. 1984, c. 1, s. 84(3)).

REGINA SHOPPERS MALL LTD. v. CANADA (T-1199-88, T-2085-88, Addy J., judgment dated 26/6/90, 11 pp.)

LABOUR RELATIONS

Certification—S. 28 application to set aside order made by Canada Labour Relations Board certifying respondent union for bargaining unit described as follows: "All persons ... employed by Réseau de Télévision Quatre Saisons", on ground employer "Télévision Quatre Saisons"—Application allowed—Breach of *audi alteram partem* as Board, unknown to parties, holding supplementary hearing on designation of employer and, in course of hearing, obtaining documents content of which not communicated to applicant within reasonable time.

RÉSEAU DE TÉLÉVISION QUATRE SAISONS INC. v. SYNDICAT DES EMPLOYÉ-ES DE TÉLÉVISION QUATRE SAISONS (FNC-CSN) (A-1066-88, Décary J.A., judgment dated 3/5/90, 6 pp.)

S. 28 application to review decision of Adjudicator appointed by PSSRB to hear grievances involving interpretation of terms of collective agreement between National Association of Broadcast Employees and Technicians (NABET) and House of Commons (employer) concerning days off, overtime, tour of duty and work on a day off—Applicants who had worked between 3 1/2 and 6 hours on scheduled day off claimed to be entitled to

LABOUR RELATIONS—Concluded

full "tour of duty" i.e. 7 hours—Whether minimum 7-hour credit (tour of duty) applied to work performed on scheduled day off—Adjudicator finding agreement containing latent ambiguity, heard extrinsic evidence and ruled against applicants—Application dismissed—Adjudicator did not err in finding latent ambiguity and resorting to extrinsic evidence—Adjudicator's conclusion agreement did not include at least minimum credit not so unreasonable as to justify Court intervention.

NATIONAL ASSOCIATION OF BROADCAST EMPLOYEES AND TECHNICIANS v. CANADA (HOUSE OF COMMONS) (A-411-89, Décary J.A., judgment dated 31/5/90, 5 pp.)

MARITIME LAW**CONTRACTS**

Plaintiff owner of 1927 Rolls-Royce to be auctioned by Sotheby's in Monaco on May 25, 1986—Delivery in Monaco required for "viewing" May 21 latest—Defendant, Magnacargo Ltd. (freight forwarder), arranging carriage of car to Nice, France—Plaintiff booking passage for car with Cast North America (1983) Inc. based on defendant's representation time of arrival in Nice May 20 or 21—On May 21, Cast North advising ship would not meet estimated time of arrival—Defendant paying Cast North additional sum to arrange alternate shipping so that car reaching Monaco May 25, for which later reimbursed by plaintiff—Action for breach of contract against Magnacargo or in tort for failure to fulfill duty to secure guarantee from Cast North vehicle would arrive on time—Although reserve bid of \$75,000, car selling for \$70,000—Sotheby's making up difference pursuant to contract—Plaintiff alleging late arrival resulting in car selling for less as prospective bidders unable to inspect it—Evidence establishing plaintiff conveying to defendant importance of timely arrival—Defendant aware of risk if ship arrived late, and prepared to take it—Relied on reputation of Cast North and estimated dates for departure and arrival, and not conveying concern to plaintiff about departure date—Plaintiff relied on defendant's representations—Defendant's failure to convey importance of date of arrival to carrier tortious act and breach of contract—As (1) no expert evidence as to value of car and plaintiff's credibility impugned (2) Sotheby's, reputable auctioneers, valued car at \$70,000 to \$75,000 and (3) no obligation to make reserve bid less than value of car, no damages other than additional charges paid to Cast North established—Loss under "lost chance" doctrine set at zero.

BORENSTEIN v. CAST NORTH AMERICA (1983) INC. (T-1897-86, Cullen J., judgment dated 7/5/90, 14 pp.)

NATIVE PEOPLES

Application for order terminating or varying order (*Joe v. John*, T-1311-88, order dated 23/9/88, F.C.T.D., not yet reported) placing respondents in sole control of band affairs and ordering release of band funds held on deposit by certain banking or financial institutions—Present proceeding part of protracted struggle between two rival factions for control of

NATIVE PEOPLES—Concluded

management and governance of affairs of Miawpukek Band at Conne River, Newfoundland—In opting for respondents, Motions Judge following decision of federal authorities recognizing respondents as sole authority, and indicated order not final adjudication on merits—Jurisdiction in Court to hear matter as issue which party rightful band council to be determined according to custom, as recognized by Act—No evidence respondents breached terms of present funding agreement—Court without jurisdiction to make order for payment of professional fees of applicants' solicitors and auditor out of general band funds—Distinction made between fees and costs—Also, Indian Act limitations on expenditure of band moneys without consent of band council preventing Court from ordering payment—In view of evidence large expenditures from band funds in payment for legal services not made for general benefit of band but directed to supporting respondents' side of controversy and maintaining control over band affairs, legitimate interests of band not properly served by respondents—Justice requiring order be set aside—Attorney General of Canada should have sought intervenor status instead of acting as *amicus curiae* as stance against applicants incompatible with role of *amicus curiae*.

MIAWPUKEK BAND V. MIAWPUKEK BAND (T-1311-88, McNair J., order dated 24/5/90, 17 pp.)

Garnishee (Bank of Montreal) paying \$35,448 into Court from current account of judgment debtor (Westbank Indian Band)—Motion by judgment debtor to set aside garnishing order and to release funds paid into Court to judgment debtor—Funds paid into Court by garnishee from moneys paid to Indian band by Government of Canada under agreement between band and her Majesty—Whether a third party, not being Indian, may levy by garnishing order claim to funds paid by Federal Government to Band—Under Indian Act, s. 90(1) funds deemed always to be situated on reserve, and by virtue of s. 89(1), personal property (including funds) of band situated on reserve not subject to levy, execution or garnishment in favour of any person other than Indian or band—Funds paid by Her Majesty to band not subject to garnishment in this Court—Garnishing order set aside and moneys paid into Court pursuant to order ordered returned to judgment debtor—Indian Act, R.S.C., 1985, c. 1-5, ss. 89 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 17, s. 12), 90.

WESTBANK INDIAN BAND V. ROBERTSON (T-340-89, MacKay J., order dated 15/6/90, 6 pp.)

PATENTS**PRACTICE**

Motion for order for inspection of defendant's property under Federal Court R. 471 and Patent Act, s. 57—Infringement action concerning chemical process involving production or manufacture of styrofoam drinking cups—On discovery defendant resisting answering questions re process and formula—Motion allowed—Inspection logical part of discovery process and likely to produce resolution of more conflicts if more comprehensive—Inspection process ordinary part of discovery process—Enshrined in rules of all superior courts, in

PATENTS—Concluded

Patent Act and in Federal Court Rules—Court of Appeal test for inspection order in *Posi-Slope Enterprises Inc. v. Sibo Inc. et al.* (1984), 1 C.P.R. (3d) 140 (F.C.A.) not applied—Applicable test whether disputed discovery questions relevant from point of view of judge presiding at trial—Defendant's refusal leaving plaintiff without means to establish or secure evidence of infringement—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 471—Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 57.

POLY FOAM PRODUCTS LTD. V. CASCADES SENTINEL LTD. (T-1587-85, Jerome A.C.J., order dated 6/12/89, 6 pp.)

Application for order compelling production of unexpurgated copy of licence agreement between plaintiffs to which reference made in statement of claim—Court's review of unexpurgated text indicating deletions warranted as irrelevant to subject-matter of patents in dispute—As royalties essence of any licensing agreement, defendant entitled to disclosure of royalty payable on products from patents in suit.

KIMBERLEY-CLARK CORP. V. PROCTER & GAMBLE INC. (T-2618-89, Joyal J., order dated 24/5/90, 3 pp.)

PENITENTIARIES

Appeal from order ([1990] 1 F.C. 321) quashing decision of Commissioner of Corrections denying respondent's grievance against refusal of application to participate in Private Family Visiting Program—Prior to incarceration respondent involved in homosexual relationship—Appeal dismissed—When exercising discretion, Commissioner cannot have as existing policy to exclude common law partners of same sex—In making such decision Commissioner refusing to exercise discretion—Purpose of visiting program in conjunction with non-legalistic wording of Commissioner's directive re common law partners and relatives, opening door to applications by common law partners of same sex—Charter infringement issues not addressed—Attorney General's position sexual orientation ground covered by s. 15 Charter not before Trial Judge.

VEYSEY V. CANADA (COMMISSIONER OF THE CORRECTIONAL SERVICE) (A-557-89, Iacobucci C.J., Urie and Décary J.J.A., judgment dated 1/5/90, 7 pp.)

PRACTICE

Change of venue—Defendant setting down motion for particulars of statement of claim returnable in Montréal—Plaintiff seeking change of venue, alleging defendant's motion frivolous and vexatious, and causing excess expense to plaintiff—Submitting Ontario Rules of Civil Procedure should be applied to fill gap in Federal Court Rules—Regrettable tendency in trade mark infringement cases to multiplicity of motions detracting from persuasiveness of defendant's allegation motion, being standard, neither frivolous nor vexatious—Whether motion frivolous and vexatious to be decided when motion disposed of—At this stage, only proper to decide whether demand for particulars capable of being other than frivolous and vexatious—Travel expense balanced between two parties—Ontario

PRACTICE—Continued

R. 37.03(2)(a), requiring motion to be set down in county where responding party practising, impractical to apply—Quebec Code of Civil Procedure, art. 68 not analogous as Federal Court Trial Division single court—Federal Court R. 5 allowing analogy to other Rules of Federal Court—R. 483 indicating convenience determining place of trial—Equal balance of conveniences—No reason to change place of hearing—Less expensive alternatives including written response under R. 325, agency arrangement, or conference telephone call—Motion for change of venue dismissed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R.R. 5, 324, 325, 483—Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 68—Ontario Rules of Civil Procedure, R. 37.03(2)(a).

SCHUBERT INDUSTRIES INC. v. MATELAS PRINCESSE LTÉE. (T-2067-89, Giles A.S.P., order dated 8/5/90, 4 pp.)

COSTS

Taxation—Reminder under Federal Court R. 321 affidavit based on hearsay sworn by someone who knows nothing of facts permissible only when best evidence, oath of person who knows, not available—Claim of \$10,550.42 for photocopying reduced to \$7,456.87 as \$0.45 per copy for in-house copying reduced to \$0.15 per copy—Communications charges of \$4,059.81 for long distance telephone calls, courier, delivery and teletypes reduced to \$2,030.16—Claim for trip by senior and junior counsel to St. Louis, Missouri (U.S.) to meet client reduced to \$428.80 as presence of two lawyers not justified—Cost of trip to New York to meet client's American trade mark counsel not allowed—Claim for air fare between St. Louis and Toronto to allow in-house counsel for Anheuser-Busch in U.S. to attend discovery not allowed as not entitled to practise before this Court—Claim for \$16,625.74 fees of associates and investigators in research reduced to \$5,495.44—Claim for \$1,311 for preparation of correspondence disallowed as part of service performed by counsel already taxed—Bill of costs presented at \$54,644.98 for main bill and at \$781.62 for supplemental bill taxed and allowed at \$35,689.15 and \$497.62 respectively.

CARLING O'KEEFE BREWERIES OF CANADA LTD. v. ANHEUSER-BUSCH, INC. (T-298-80, Clegg T.O., taxation dated 23/4/90, 11 pp.)

Articled students—Costs of articled students as part of solicitor and client costs—Letter of clarification sent to taxing officer after receipt of reasons for taxation—Stating work of articled students recorded as separate item on pre-bill but not practice of firm to break it out in account sent to client unless engagement to perform services at hourly rate—Students doing investigative work not reflected in lawyer's fee—Taxing officer confirming costs associated with work performed by articled students properly taxable since law firm factoring costs into charge for which client liable—Fundamental principle unsuccessful party liable to indemnify successful party to extent latter liable to pay solicitor for professional services rendered—Bill of costs disclosing articled students broken out at lower rate for variety of legal services—Bill sent to client not in evidence—Letter suggesting students performing considerable

PRACTICE—Continued

work akin to services properly taxable as disbursements such as investigative work.

TNT CANADA INC. v. T.N.T. MOTOR LINES LTD. (T-4637-81, Stinson T.O., addendum to taxation dated 11/5/90, 2 pp.)

Articled students—Defendant in contempt of Court—Solicitor and client costs to plaintiff—Defendant's counsel not appearing at taxation—Defendant receiving proper notice—Litigant choosing not to appear should not benefit by taxing officer abdicating position of neutrality to challenge given items—Costs of \$9,706.23 submitted allowed at \$9,077.33—Costs of articled students as between parties in litigation allowable—Work performed under supervision of senior counsel integral to litigation—Series of decisions in *McCain Foods Ltd. v. C.M. McLean Ltd.* (1979), 47 C.P.R. (2d) 128 (F.C.T.D.); (1980), 51 C.P.R. (2d) 23 (F.C.A.); (1980), 52 C.P.R. (2d) 230 (F.C.T.D.) not precluding taxing of costs of articled students—Decisions meaning costs taxable if incurred as part of service provided by lawyer—Decisions *obiter* re solicitor and client bills—Addressing lump sum party and party costs—Evidence firm's practice to distinguish in bill to client between services of articled students and supervising lawyer—Such costs falling within exception noted by F.C.A. in *McCain*—S. 26 Legal Profession Act allowing practice of law under certain conditions by individuals other than lawyers—Work of articled students not part of firm overhead—The Legal Profession Act, S.B.C., c. 25, s. 26.

TNT CANADA INC. v. T.N.T. MOTOR LINES LTD. (T-4637-81, Stinson T.O., taxation dated 24/4/90, 6 pp.)

Claim for \$5,422.46 for in-house photocopying 11,476 copies at \$0.45 per copy reduced to \$0.20 each but for 4,069 copies only for trial exhibits for a total of \$813.80—Cost of copying authorities reduced from \$1,739.81 to \$1,242.70 as one copy instead of three would have been sufficient for appellants' three counsel—\$1,077 for second copy of appeal book taxed off as obtained only for convenience of appellants' second counsel—Claim for cost for preparation of correspondence between solicitor and client rejected as part of fees for solicitors already taxed—Bill of costs and supplemental bill of costs taxed and allowed at \$3,522.42.

CARLING O'KEEFE BREWERIES OF CANADA LTD. v. ANHEUSER-BUSCH, INC. (A-14-83, Clegg T.O., taxation dated 23/4/90, 5 pp.)

DISMISSAL OF PROCEEDINGS*Want of Prosecution*

Action in negligence commenced in June 1979 for personal injuries suffered by plaintiff resulting from surgery performed while inmate in federal institution—Taking no steps since March 1980 despite subsequent requests by defendants—Plaintiff's counsel admitting to losing track of file from 1981 to 1987—Motion allowed—Action dismissed—Fair trial not possible after such long delay—Application of threefold classic

PRACTICE—Continued

test—Ten-year delay inordinate—Delay inexcusable—Delay likely to seriously prejudice defendants.

NICHOLS v. CANADA (T-3094-79, Dubé J., order dated 25/6/90, 4 pp.)

Motion denied—Although defendant suffering prejudice as result of death of main witness record disclosing less than hurried approach taken by counsel for both parties—Defendant pressing plaintiff to obtain trial date after prejudice occurred.

BALMER v. CANADA (T-2813-84, Reed J., order dated 29/5/90, 1 p.)

EVIDENCE

Commission Evidence

Appeal against order limiting appellant's access to evidence taken on commission dismissed—Not persuaded Trial Judge erred in exercising discretion—Trial Judge concerned with fairness of trial process, not with publication of evidence.

SARCEE BAND OF INDIANS v. CANADA (A-120-90, Mahoney J.A., judgment dated 7/5/90, 1 p.)

JUDGMENTS AND ORDERS

Reversal or Variation

Application for extension of time to file required affidavit in support of application for leave to commence s. 28 proceeding dismissed for failure to establish grounds for extension—Application to reconsider that order under Federal Court R. 337(5) on ground reasons for requesting extension of time accidentally omitted from originating notice of motion—Application dismissed—Failure of party to include available material not giving rise to jurisdiction to reconsider decision finally disposing of matter—R. 337 contemplating oversight on part of Court, not party—Oversight not within contemplation of R. 1733, permitting variation where ground arising subsequent to making of order or subsequently discovered—While *Saywack v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1986] 3 F.C. 189 (C.A.) demonstrating Court's willingness to be generous in determination of whether something omitted in initial presentation subsequently discovered, present oversight not so characterized—Application dismissed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 337(5), 1733—Federal Court Immigration Rules, SOR/89-26, R. 9(1)—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.

BOATENG v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (90-A-1313, Mahoney J.A., order dated 31/5/90, 2 pp.)

PRACTICE—Concluded

PLEADINGS

Motion to Strike

Statements of claim on ground abuse of process as parties and claims identical, or substantially identical, to those in pending Supreme Court of Ontario action—Eleven actions before Federal Court for infringement of trade marks, copyright and other alleged rights—Allegations of fact and relief claimed in both courts similar—Motions dismissed—Although same plaintiff, defendants differ—Finding as to infringement in Supreme Court of Ontario action not giving relief against defendants in actions in Federal Court—Possibility of inconsistent findings of fact, but unclear which Court should stay action—Possibility of additional relief in Federal Court.

94272 CANADA LTD. v. MOFFATT (T-520-90, Giles A.S.P., order dated 10/5/90, 5 pp.)

Plaintiff hiring firm of solicitors to represent him at inquest into death of brother, inmate at Kingston Penitentiary—Solicitor with firm denied immediate access to inmates wishing to volunteer information about death—Action commenced seeking injunctive relief to compel defendants to authorize access to inmates and declaration of firm's entitlement to access—Access granted two days after service of statement of claim—Statement of claim as presently stated struck out—No "live controversy" supporting plaintiffs' action—Statement of claim not meeting criteria set out in *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342 to justify exercise of discretion to hear matter notwithstanding mootness—In light of principles governing granting of declaratory relief expressed in *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, Court unable to overlook fact entire statement of claim structured upon factual situation resolved upon granting of access—Declaration not normally granted when dispute academic—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 419.

TAYLOR ESTATE v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-818-90, Dubé J., order dated 25/5/90, 4 pp.)

PUBLIC SERVICE

APPEALS

S. 28 application dismissed—Whether applicant incapable of performing duties question of fact to be determined by Appeal Board—Decision reasonable—Not open to attack.

HOMSTEL v. CANADA (PUBLIC SERVICE COMMISSION APPEAL BOARD) (A-303-89, Heald J.A., judgment dated 14/2/90, 1 p.)

TORTS

NEGLIGENCE

Pure economic loss—Collision between log barge in tow of tug and railway bridge property of federal Crown causing temporary bridge closure and rerouting of railway traffic—(1) Whether railways using bridge entitled to recovery for pure

TORTS—Concluded

economic loss—No legal justification to inflexible application of rule to effect economic loss resulting from damage to third party property not recoverable—Review of case law—Criteria founding liability for economic loss: knowledge of claimant as specific individual likely to suffer damage as opposed to knowledge of general class of people; foreseeability of precise nature of loss; existence of sufficient degree of proximity between tortious act and injury so as to give rise to duty of care upon tortfeasor (also expressed in terms of sufficient proximity of property)—Criteria met in case of CNR: knowledge by defendants CNR primary user of bridge and belief by captain of tug CNR owner of bridge; knowledge of previous damage which led to closure of bridge; CNR's property (tracks) in close proximity to bridge and latter essential link without which property could not be enjoyed—Recovery not involving compensation "in indeterminate amount for indeterminate time to indeterminate class"—CNR's claim along with those of two other railways for additional costs incurred as result of bridge closure allowed—(2) Whether owners and managers of tug entitled to limit liability—Pursuant to ss. 575 and 577 Canada Shipping Act, onus on owner and manager of ship to establish damage occurred without fault or privity of either—Failure by management of tug to take reasonable steps to ensure safe navigational practices among masters negating limitation of liability—(3) Whether captain of assist tug negligent in not warning tug or in not refusing to assist dismissed—Assist tug contractually obliged to follow orders and to refrain from doing anything on own initiative—No duty to warn or to refrain from complying with contract—(4) Whether owners of log barge failed to exercise reasonable care in allowing passage through bridge—No duty on owner of barge under tow in control of head tug and without crew aboard to instruct master of tug as to time and manner of undertaking voyage—Argument based on joint liability arising out of alleged joint venture dismissed—(5) Whether Public Works Canada, owner of bridge, guilty of contributory negligence—No duty on bridge controller to ensure safety of navigation through bridge.

CANADIAN NATIONAL RAILWAY CO. v. NORSK PACIFIC STEAMSHIP CO. (T-552-88, Addy J., judgment dated 14/4/89, 75 pp.)

TRADE MARKS

Application for injunction to bar defendant from infringing plaintiffs' exclusive right to use registered trade marks "Transit" and "Transbec" and to stop use by defendant of company name "Les Aliments Trans Gras Inc." or abbreviated version "Transgras" as trade name, trade mark or otherwise—Two plaintiff companies operating business in Laval, Quebec selling and distributing pork and beef by-products—Defendant operating similar business in Drummondville—Trade name "Les Aliments Trans Gras Inc.", alone or with drawing of letters A, T and G, not creating confusion with one or more of plaintiff's marks within meaning of s. 6 Trade Marks Act—Lack of serious evidence of real confusion—No likelihood of confusion—Action dismissed.

AYOTTE v. ALIMENTS TRANS GRAS INC. (T-686-88, Pinard J., judgment dated 9/4/90, 15 pp.)

TRADE MARKS—Continued

Motion for interlocutory injunction restraining defendants from using certain trade marks and trade names relating to pharmaceutical products; from infringing and for operating business so as to cause confusion between wares—All pharmaceutical preparations in action sold by prescription only—Application dismissed—Plaintiff's case not frivolous—Possible serious question to be tried—Defendant having substantial chance of success on issue of confusion as pharmacists, who are accustomed to making fine distinctions between similarly-named chemicals, would be capable of distinguishing two trade names or marks—Balance of convenience favouring defendant—Damages sufficient compensation.

NOVOPHARM LTD. v. NU-PHARM INC. (T-3015-89, Pinard J., order dated 18/5/90, 5 pp.)

INFRINGEMENT

Interlocutory injunction—Plaintiff registered trade mark "Newport" used in association with ceiling fans—Importing, marketing and selling in Canada for two and one-half years—Defendant well-known distributor and seller of lumber, electrical and mechanical equipment and home appliances marketing various models of ceiling fans, one of which carrying name "Newport"—Defendant acknowledging plaintiff's trade mark but continuing to dispose of existing inventory—Arguing cost to obliterate word "Newport"—Injunction granted—*Prima facie* case of infringement—Ceiling fans constituting registered owner's only business enjoying history of considerable sales—Defendant using same word in association with identical wares—Registered mark *prima facie* valid—Irreparable harm to plaintiff owning new mark—Market penetration so far limited—Difficult to evaluate harm if used by defendant through well-known distribution and retail network and mass merchandising programs—"Newport" model one of defendant's 16 models bearing different names—No irreparable harm to defendant—Balance of convenience favouring plaintiff—Costs to defendant as plaintiff refusing defendant's previous offer identical to terms of instant order—Defendant's solicitor-client fees exceeding \$25,000—Fees charged by counsel to client not to be used as if reserve bid on auction—Maximum allowed \$3,000.

NEWPORT FAN CO. v. BEAVER LUMBER CO. (T-2016-89, Joyal J., order dated 25/5/90, 11 pp.)

Application for interlocutory injunction to prevent defendants from infringing "HQ" design mark in large script with words "The Headquarters Companies" printed as subscript in very small type underneath—Mark registered in Canada—Based on conduct of parties, balance of convenience in favour of plaintiff—Plaintiff's business providing office support services to clients and, incidentally, selling office products—Defendants selling office supplies and, incidentally, providing office services—Plaintiff in business in U.S. since 1978; defendant in business in U.S. since 1988—Considerable confusion in California—Trade mark infringement action commenced in California but interlocutory injunction not granted as plaintiff waited nearly one year before acting—When defendants expanded into Canada, plaintiff initiated infringement action and sought present injunction—Defendants not coming into

TRADE MARKS—Continued

Court with “clean hands”—Plaintiff having established serious question to be tried—Likelihood of confusion in Canada—Defendants’ argument granting interlocutory injunction would effectively dispose of issue rejected as nothing to support that conclusion—Defendants failing to establish irreparable harm—Damages likely to be suffered by defendants more easily compensated by damages than would be the case for plaintiff—Furthermore, preservation of status quo highly appropriate—Interlocutory injunction granted against HQ Office International, Inc. and against HQ Office International (Canada) Ltd.

HQ NETWORK SYSTEMS, INC. v. HQ OFFICE SUPPLIES WAREHOUSE, INC. (T-589-90, Reed J., order dated 31/5/90, 17 pp.)

PRACTICE

Motion, in appeal from Registrar of Trade Marks’ decision, for order extending time for filing of appellant’s evidence—According to case law, courts should take into account both reasons for delay and intrinsic worth of affidavits—Here, delay (14 months where Rule allowing 15 days) and lack of excuse therefore outweighing potential value of affidavits—Motion dismissed.

MAXIM’S LTD. v. MAXIM’S BAKERY LTD. (T-406-89, Strayer J., order dated 29/6/90, 4 pp.)

Motion to strike affidavits filed by appellant in appeal from Registrar’s decision not to expunge registered trade mark under Act, s. 45 and for extension of time for filing affidavits on behalf of respondents—Also, motion by appellant to cross-examine affiants on affidavits filed in proceedings before Registrar—Motion to strike dismissed as Rules permit affidavit evidence to be filed by both parties in appeals from Registrar’s decision—As Rules silent on matter of cross-examination of affiant whose evidence not tendered with respect to hearing, analogy drawn with application for cross-examination on affidavits filed—As cross-examination not granted in s. 45 appeals where evidence could be countered by affidavits in response, leave to cross-examine herein denied—With respect to extension of time, time to run from date of present hearing.

MEREDITH & FINLAYSON v. CANADA (REGISTRAR OF TRADE-MARKS) (T-1108-90, Giles A.S.P., order dated 13/6/90, 3 pp.)

Application to stay operation of portion of Court order concerning custody of materials seized in defendants’ possession pursuant to *ex parte* Anton Piller type order and allowing plaintiff to take sample for analysis—As defendants intend to appeal order, seek stay as taking of sample would render appeal moot—Motion denied—Defendants failing to establish testing sample would cause prejudice warranting stay—On other hand, plaintiffs would be prejudiced as would be prevented from carrying out duly-obtained Court order—Improper for Court to revisit standard criteria for interlocutory injunction already considered and applied by Motions Judge herein, on sole ground order being appealed.

WELLCOME FOUNDATION LTD. v. APOTEX INC. (T-1458-90, Dubé J., order dated 14/6/90, 3 pp.)

TRADE MARKS—Concluded**REGISTRATION**

Opposition—Burden of proof—Appeal from decision of Registrar rejecting opposition to respondent’s application for registration of “Molson’s Blue”—Whether Registrar wrongly rejecting opposition for non-compliance with s. 29(b)—Whether misconstruing onus on opponent by requiring burden analogous to criminal burden of proof—Appeal dismissed—Question of fact—Court reluctant to reverse—Appellant failing to file additional evidence on appeal to counteract Registrar’s finding affidavit evidence inadmissible, irrelevant or insufficient—Evidential burden to adduce sufficient evidence to persuade trier of fact alleged facts true—Trade Marks Act, R.S.C. 1970, c. T-10, s. 29(b).

JOHN LABATT LTD. v. MOLSON COMPANIES LTD. (T-458-85, McNair J., judgment dated 18/6/90, 10 pp.)

TRANSPORTATION

Application for interlocutory injunction restraining defendants from imposing passenger user fee, proceeding with construction of proposed temporary terminal building at Toronto Island Airport, and allowing expansion of air services by authorization of three additional carriers—Issues surrounding construction of temporary terminal building and expansion of air services dealt with in decision refusing City’s application for interlocutory injunction: *Toronto (City) v. Canada (Minister of Transport)*, T-816-90, Martin J., order dated 5/6/90—Failure to find expansion of airport facilities unlawful fatal to argument expansion of air services should be restrained—Minister of Transport’s approval of proposed expansion of airport facilities conditional upon costs of construction and interest being recovered exclusively through revenues generated by passenger user fee—Defendants’ authority set out in The Toronto Harbour Commissioners’ Act, 1911, The Toronto Harbour Commissioners’ Act, 1985 and agreement between City, Commissioners and Crown—S. 21(j) of 1911 Act authorizing imposition of fee or toll upon aircraft landing at airport calculated by reference to number of passengers emplaning or deplaning—Such toll charge against aircraft, not passenger—S. 21(g) authorizing provisions for collecting charge created by s. 21(j)—By-laws enacted under s. 21(g) or (j) subject to s. 21(2) requiring confirmation by Governor in Council and publication in *The Canada Gazette* prior to coming into force—As no by-laws, confirmation nor publication, passenger user fee cannot be recovered for failure to comply with legislative provision authorizing imposition—Failure insufficient reason to declare void Minister’s approval of proposed construction as confirmation of by-laws foregone conclusion—Aeronautics Act, s. 4.4 authorizing Governor in Council to impose charges for use of facilities provided on behalf of Minister of Transport, but not reserving exclusive right to Governor in Council to do so—Nothing in s. 4.4 diminishing defendants’ right to impose passenger user fee pursuant to s. 21 of 1911 Act—Application of principles governing grant of interlocutory injunction set out in *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] 1 All E.R. 504 (H.L.), as confirmed by *Turbo Resources v. Petro Canada Inc.*, [1989] 2 F.C. 451 (C.A.) inappropriate—As all relevant facts before Court, issues dealt with as if trial of matter—Order

TRANSPORTATION—Continued

restraining imposition of passenger user fee stayed 30 days following final entry of order to allow time for either party to appeal—The Toronto Harbour Commissioners' Act, 1911, S.C. 1911, c. 26, ss. 15(2), 16(2), 21—The Toronto Harbour Commissioners' Act, 1985, S.C. 1986, c. 10, ss. 3, 3.1, 6—Aeronautics Act, R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 33, s. 4.4.

AIR ATONABEE LTD. v. TORONTO HARBOUR COMMISSIONERS (T-792-90, Martin J., order dated 5/6/90, 12 pp.)

Motion for interlocutory injunction restraining Toronto Harbour Commissioners from proceeding with construction of proposed temporary terminal facilities, except to extent expenditures complying with funding agreement providing for manner and extent to which airport operating deficits to be funded—Authorization for construction of building deemed necessary by Minister for operation of airport and funding thereof not restricted by terms of funding agreement relating to deficit—Motion to restrict Commissioners from using monies acquired from non-airport activities to subsidize construction as contrary to The Toronto Harbour Commissioners' Act, 1911, s. 17 and to The Toronto Harbour Commissioners' Act, 1985, s. 8—S. 17 providing for payment by Commissioners to City of surplus profits arising out of Commissioners' operations—S. 8 providing s. 17 not applying to airport operation carried on by Commissioners—City failing to establish existence of "surplus profits" within s. 17 and therefore s. 8 not prohibiting City from accessing "surplus funds" on interim basis arising out of operations—Existence of surplus profits under s. 17 requiring provision of several items of expense, including list of projected works and auditors' statement in Commissioners' financial statements that no surplus profits owing to City—Motion to restrain Commissioners from permitting scheduled commercial air services by additional carriers without concurrence of City—Lease providing for use of lands as airport from "general aviation"—Definition of "general aviation" referring to operation of aircraft under specific Canadian Transport Commission licences—Legislation deregulating air carriers so that classes of licences referred to in lease agreement no longer issued not so significant as to frustrate fundamental basis of agreement—Definitions section indicating type of limitations City wanted on aircraft using airport—Use of jet aircraft, noise levels, and frequency of flights main concerns—Not substantially affected by discontinuance of issuance of licences referred to in lease agreement—Motion to restrain Commissioners from permitting scheduled commercial air services by additional carriers except aircraft falling within definition of "general aviation"—Although distinction of aircraft coming within "general aviation" definition lost by deregulation, special conditions contained in s. 14 of lease agreement and type of aircraft in use since deregulation without objection by City leading to conclusion aircraft falling within definition of "general aviation" as definition necessarily modified by deregulation—As nothing indicating Commissioners' intention to permit scheduled commercial air services by additional carriers whose aircraft not properly certified, nothing to restrain—Argument in memorandum of fact and law failure to obtain City building permit for construction dismissed as not raised in motion—Construction of terminal integral part of airport and subject only to federal regulatory power, not municipal regulations—Lease agreement referring to compliance with municipal by-laws contemplating

TRANSPORTATION—Concluded

construction of things unrelated to operation of airport—Application dismissed—The Toronto Harbour Commissioners' Act, 1911, S.C. 1911, c. 26, s. 17—The Toronto Harbour Commissioners' Act, 1985, S.C. 1986, c. 10, s. 8.

TORONTO (CITY) v. CANADA (MINISTER OF TRANSPORT) (T-816-90, Martin J., order dated 5/6/90, 11 pp.)

UNEMPLOYMENT INSURANCE

S. 28 application to set aside Umpire's decision dismissing appeals by Canada Employment and Immigration Commission against two decisions of two Boards of Referees which, reversing Commission's rulings, upheld claim for benefits—Respondent taking early retirement February 1, 1986—Last day at work December 11, 1985 as entitled to six weeks' vacation—(1) Claiming benefits February 19, 1986—Commission finding weekly pension earnings under s. 57(2)(e) and allocating under s. 58(15) Regulations to period for which payable—Such provisions in force January 5, 1986—Board of Referees finding last day of work December 11, 1985 and pension effective prior to January 5, 1986 and therefore exempt from ss. 57, 58 Regulations—(2) New legislation coming into force April 5, 1987 (Unemployment Insurance Benefit Entitlement Adjustments (Pension Payments) Act) requiring Commission to consider entitlement to benefit of any claimant making initial claim before January 5, 1986 whose benefits were reduced or eliminated as result of deduction of pension payments pursuant to Regulations ss. 57, 58—Respondent making second inquiry and Commission refusing entitlement to reimbursement as not having made claim prior to January 5, 1986—Board finding respondent making claim on December 17, 1985 when attempting to file claim—On appeal Umpire finding main issue justice to claimant caught in extraordinary combination of transitional provisions in Regulations and of retrospective legislation—Application allowed—Disentitlement question of substance—Not question of form or procedure—First Board wrong in finding last day of work December 11, 1985—Such finding irrelevant in any event as new Regulations requiring pension be deducted—Second Board wrong in finding respondent's intention to make claim equated with having made one—Law requiring the doing of an act for achieving certain result—Mere intention not sufficient—Irrelevant in any event—Even if respondent making claim prior to January 5, 1986, claim would have been rejected as respondent not unemployed—Unemployment Insurance Regulations, C.R.C., c. 1576, ss. 57(2)(e) (as am. by SOR/84-32, s. 8(1); SOR/86-58, s. 1(2)), 58(15) (as am. by SOR/82-778, s. 3(4); SOR/86-58, s. 2(3)).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. KOWALCHUK (A-1191-88, Marceau J.A., judgment dated 23/5/90, 7 pp.)

Self-employed persons not by definition engaged in insurable employment within contemplation of Unemployment Insurance Act and thus not entitled to benefits except self-employed persons engaged in fishing—Applicant argues right to equal benefit of law, guaranteed by Charter, s. 15 violated by scheme established under s. 130(1) by omission of provision for extending qualifying period by reason of disability—Distinction

UNEMPLOYMENT INSURANCE—Continued

between schemes for providing unemployment insurance benefits to self-employed fishermen and other claimants not meeting criteria of *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143—Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1, ss. 7(2)(a), 130—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.

CLARKE v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-295-89, Mahoney J.A., judgment dated 9/5/90, 2 pp.)

UNEMPLOYMENT INSURANCE—Concluded

S. 28 application attacking Umpire's decision to allocate amount offered to applicant to abandon grievance in respect of dismissal from employment—Applicant had accepted offer prior to hearing by Umpire—Umpire cannot be said to have erred in the result—Application dismissed.

CLEGG v. CANADA (UMPIRE, UNEMPLOYMENT INSURANCE ACT, 1971) (A-313-89, Mahoney J.A., judgment dated 10/5/90, 2 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

Applicant receiving requested records after expiration of extension period—Seeking order Minister deemed to have refused access to records pursuant to s. 10(3) of Act and order directing respondent to explain failure to respond within time limits of Act and to set out preventive remedies—Application denied—No actual refusal remaining to be addressed as deemed refusal followed by performance—Intention of Act to ensure requester's access to information not frustrated by bureaucratic procrastination—Foot-dragging equating refusal—Court not countenancing dilatoriness by government institution—All requests to be satisfied within delay provided by Act—Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 2, 10(3).

X v. CANADA (MINISTER OF NATIONAL DEFENCE) (T-1112-89, Dubé J., order dated 15/6/90, 4 pp.)

Appeal from refusal dismissed—Nothing on record showing requester qualified pursuant to s. 4(1) of Act to be given access to information—S. 4(1) requiring requester be Canadian citizen or permanent resident—Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, s. 4(1).

GLAXO CANADA INC. v. CANADA (MINISTER OF NATIONAL HEALTH AND WELFARE) (A-39-90, Iacobucci C.J., judgment dated 19/6/90, 2 pp.)

ANTI-DUMPING

Appeal from Tariff Board decision ministerial prescription under Anti-dumping Act, s. 9(7) of no force and effect until registered—Ministerial prescription not "statutory instrument" under Statutory Instruments Act, s. 2—To be statutory instrument under definition, must be made pursuant to legislative provision expressly providing power it confers must be exercised by making of specific type of instrument: *Canadian Pacific Ltd. v. Canadian Transport Commission* (1988), 86 N.R. 360 (F.C.A.)—Anti-dumping Act, s. 9(7) not expressly providing Minister must prescribe method of determining normal value of goods by issuing instrument—Appeal allowed—Statutory Instruments Act, R.S.C., 1985, c. S-22, s. 2—Anti-dumping Act, R.S.C. 1970, c. A-15, s. 9(7).

DEPUTY M.N.R., CUSTOMS AND EXCISE v. LIBERTY HOME PRODUCTS CORP. (A-136-87, Pratte J.A., judgment dated 11/6/90, 3 pp.)

ARMED FORCES

Regular Officer Training Program—Defendant requesting release from Forces after request for transfer from Engineering to Administrative studies refused—Request made after commencement of second year of studies—Rules and Regulations requiring reimbursement to State for cost of studies—Defendant signing acknowledgment of debt owed and promissory note payable July 1, 1984—Above signature writing "under protest"—Debt remaining unpaid—Defendant arguing forced to request release because of superior's attitude—Whether defendant's fear such that consent nullified—Action allowed—Rights and obligations of member of Forces falling under National Defence Act—In signing acknowledgment and promissory note, defendant properly acknowledging debt—Evidence not supporting allegation forced to request release—Even if was fear, not legitimate as caused by person properly exercising authority—Defendant knew acknowledging debt pre-condition to obtaining release from Armed Forces—In eight years since signing defendant never attacking validity or legitimacy of signature—Ignored grievance procedure.

CANADA v. BENOIT (T-1296-87, Pinard J., judgment dated 3/7/90, 9 pp.)

Application for writ of prohibition forbidding holding of applicant, member of Armed Forces, in prison following summary trial before Lieutenant-Colonel of Armed Forces, and to ensure his release on bail until constitutionality and legality of conviction determined—Applicant submitted certain provisions of National Defence Act and Royal Orders for Canadian Forces contrary to ss. 7, 9, 11(e), 15(1) and 24(1) of Charter as providing no procedure for temporary release pending ruling on appeal or constitutionality or legality of Lieutenant-Colonel's decision—To obtain temporary release, applicant relied on same section of Charter and decision of Muldoon J. of this Court in *Glowceski v. Canada (Minister of National Defence)*, [1989] 3 F.C. 281 (T.D.)—That case applies: would be unfair to let applicant serve sentence when he has plausible reasons to challenge constitutionality and legality of entire proceeding under which sentenced to imprisonment—Applicant entitled to protection of Charter ss. 7 and 9 in so far as provisions of Act and Royal Orders do not contain provisions regarding temporary release by judicial means accompanied by reasonable security—Appeal allowed in part: temporary release order on various conditions.

FONTAINE v. CANADA (MINISTER OF NATIONAL DEFENCE) (T-1756-90, Denault J., order dated 29/6/90, 4 pp.)

CIVIL CODE

Practice—Application for extension of time to present application to set aside sheriff's sale in August 1988 of defendant's property in Lesage, Quebec for failure to conform with essential formalities called for in arts. 685 and 688 of Quebec Code of Civil Procedure—Defendant owed Crown \$200,000—Sale took place almost eight years after service of writ of *fiери facias*—Under Quebec C.P.C., art. 700, application to vacate sheriff's sale must be made within 90 days of adjudication, or, if party establishes impossibility to act, within 6 months—Defendant meeting 6-month delay—Impossibility depending on circumstances—Impossibility herein established—Application to extend time allowed—Application to correct the return or *procès-verbal* under C.P.C., arts. 232 and 233 allowed as to order and time of bids—Application to set aside sale dismissed—Failure to indicate profession not sufficient reason to set aside sale—Five minutes required by C.P.C., art. 688 had fully expired before bidding closed and property adjudged—In any event, no prejudice shown in that no evidence higher bid would have been made—Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 232, 233, 685, 688, 700.

CANADA v. GIANOULIAS (T-3462-80, Teitelbaum J., order dated 30/4/90, 14 pp.)

Action to declare illegal and void certain sales of hunting and fishing rights over land owned by plaintiff along St. Lawrence at Saint Joachim, near Québec—Before making land over to plaintiff by gift *inter vivos*, plaintiff's father sold hunting and fishing rights over land to two individuals—Right finally acquired by Crown—Plaintiff maintained sale of right was sale of personal and non-transferable right, and so illegal, irregular and void—Action must be dismissed—In another action (*Boucher v. R.* (1981), 22 R.P.R. 310 (F.C.T.D.); *affd* by (1984), 33 R.P.R. 308 (F.C.A.)) between the same parties regarding the same right over adjacent land, it was held that hunting and fishing right not right of use; clause in question only life interest which sellers intended to reserve, right which expired with their death—In case at bar, principal clause stated subject-matter of sale was indefinite hunting and fishing right transferable to buyer's heirs and beneficiaries—No reason to think intention was to limit meaning of "beneficiary" so as to exclude beneficiaries by particular title—This was accordingly perpetual personal servitude which could be transferred separately from right of ownership of land on which exercised, and without authorization or consent of landowner—Real right of enjoyment recognized both in decided cases and scholarly commentary (Madeleine Cantin Cumyn, "De l'existence et du régime juridique des droits réels de jouissance inimmés: Essai sur l'énumération limitative des droits réels", [1986] 46 *R. du B.* 3)—Further, Court has no jurisdiction to decide application for declaratory judgment regarding earlier sale between individuals based solely on civil law—Civil Code of Lower Canada, arts. 487, 494.

BOUCHER v. CANADA (T-2315-88, Pinard J., judgment dated 17/8/90, 18 pp.)

Defendant company objected to seizure of property in execution of judgment against it for failing to pay assessments made pursuant to Income Tax Act, Canada Pension Plan and Unemployment Insurance Act—Defendant relied on art. 552(2) and (5) of Code of Civil Procedure to exclude certain property from

CIVIL CODE—Concluded

seizure—Objection dismissed—Defendant not entitled to exemption mentioned in art. 552(2) (things of general use) as property seized, which was used in running business, of completely different nature from that listed—As to exception mentioned in art. 552(5) (things necessary to carry on trade), defendant unable to show items seized necessary to carry on its profession, art or trade—Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 552(2),(5).

FORMATION ROUTIÈRE DES CARRIÈRES INC. (RE) (ITA-2715-89, Pinard J., judgment dated 22/6/90, 3 pp.)

COMBINES

Search and seizure of documents from premises of number of cement and concrete manufacturing concerns relating to suspected bid rigging between May 1, 1976 and July 31, 1988, pursuant to warrant under Competition Act—Some documents seized relating to period after July 31, 1988—Well-established legal principle items seized cannot be retained unless falling within recognized exceptions: urgency, plain view doctrine or search of person at time of arrest—No evidence supporting application of any of exceptions—Not even evidence objects related to commission of offence—No evidence seizure of documents reasonable or warranted—*Seemle*: corporate body entitled to protection of Charter, s. 8 and may invoke same rights as individual thereunder—Documents to be returned to applicants.

LAKE ONTARIO CEMENT v. CANADA (DIRECTOR OF INVESTIGATION AND RESEARCH) (T-672-90, Rouleau J., order dated 5/7/90, 4 pp.)

COPYRIGHT

S. 28 application for review of decision of Copyright Appeal Board, in 1987 report to Minister, approving statement of fees, charges or royalties to be paid by applicant for use of protected musical works—Applicant arguing Board failed to address mind to unique position of applicant as user of musical works in radio service—Application allowed—Board failed to address issue of different use on merits as required to do—Was content to rely on earlier decision which was silent on point of different level of use—Board thereby failed to discharge statutory obligation and allowed discretion to be fettered—Board did not err in increasing 1987 tariff fees over those of 1986 on basis of increase in cost of living accruing after tariff approved, as well as on basis of increase in Canadian population during period.

CANADIAN BROADCASTING CORP. v. CANADA (COPYRIGHT APPEAL BOARD) (A-564-87, Stone J.A., judgment dated 4/6/90, 13 pp.)

DAMAGES

Reference to determine damages and profits—Defendant owner and manager of establishment used for live performance

COPYRIGHT—Concluded

of musical works in public for which plaintiff owning performing rights, not paying required licence fees—Threw out all correspondence from plaintiff and claimed “will never pay”—Neither present nor represented at reference, although served with copy of appointment and subpoena *duces tecum*—Defendant member of Newfoundland legislature—Judgment for plaintiff for copyright infringement—In absence of evidence as to amount spent for musical entertainment, necessary to make “rough and ready” estimate of damages and profits—Establishment having bar, dance floor and bandstand—Open nightly and Sunday afternoons—Patrons dancing 75% of time music played—Estimated \$35,000 to \$53,000 spent annually for live entertainment—Global figure of \$10,000 awarded for licence fees and general damages—If 50% of lounge’s revenue attributable to type of music played, one half of entertainment expenditure returned as increased revenue—Increased revenues set at \$26,500 based on entertainment expenses of \$53,000—As plaintiff sharing equally with another performing rights society, plaintiff’s share set at \$13,250 per year, or \$66,250 from 1986 to 1990—Exemplary damages set at \$15,000 in view of wilful disregard of plaintiff’s rights—More respect and understanding of law expected from elected member of provincial legislature.

PERFORMING RIGHTS ORGANIZATION OF CANADA LTD.
v. GREENING (T-1878-87, Daoust Referee, report dated 28/6/90, 5 pp.)

CROWN**CONTRACTS**

Bidding process—Application to quash decision of respondent to accept proposal of other company for provision of stage personnel services, sound and lighting equipment on Parliament Hill on July 1, 1990 for lack of procedural fairness—Alleging government proposal requests not mentioning applicant having to meet requirements for television broadcasting—Applicant not qualified for Parliament Hill site as proposal not in accordance with technical requirements—Motion for *certiorari* denied—Applicant failing to show any procedural unfairness in evaluation process of proposals—Proposal specification requirements conforming to those for television broadcasting—Anyone meeting former would satisfy latter—Evidence consultant company independent and impartial in evaluation of bids.

BRUIT BLEU SONORISATION INC. v. NATIONAL CAPITAL COMMISSION (T-1704-90, Dubé J., order dated 27/6/90, 5 pp.)

TORTS

Action for damages for damage caused to plaintiffs’ property by water and sand when 50 metre cliff located behind these properties subsided in two different places in April 1983—Plaintiff attributed responsibility for this to defendant, owner of Sept-Îles Airport, located above cliff and administered by Transport Canada—Combined effect of accumulated water, heavy rain and thaw caused cliff walls to collapse, trees to be uprooted and large quantities of sand to slide to bottom of cliff—Plaintiff presented no evidence airport drainage system

CROWN—Concluded

insufficient, inadequate, badly designed or dangerous—According to art. 501 of Civil Code, lands on lower level subject to those on higher level to receive water flowing naturally from latter, without agency of man, but owner of higher land may do nothing to aggravate servitude of lower land—Construction of channels not aggravation of servitude—Plaintiff did not show work increased quantities of water that rushed down cliff—Landslide at other location due to combined effect of exceptional rainfall and sudden thaw—No fault by defendant shown—Civil Code of Lower Canada, art. 501.

DUPONT v. THE QUEEN (T-2538-83, Denault J., judgment dated 20/7/90, 18 pp.)

CUSTOMS AND EXCISE**CUSTOMS TARIFF**

Appeal from Tariff Board decision imported frozen lobster tails classified under Tariff item 12700-1—Tails belonging to crustaceans known as “rock” or “spiny” lobsters (“*langoustes*”) which do not have claws—Whether Board erred in holding these crustaceans not lobsters (“*homards*”)—English version of items 12800-1 and 12805-1 referring to lobsters; French version referring to “*homards*”, crustaceans characterized by big claws—Appellant arguing Board incorrectly applied rule of statutory interpretation, found in Official Languages Act, s. 9(2)(b) prior to 1988, whereby narrower meaning of word or phrase in one official language adopted as true meaning in both versions—Argument wrongly assuming difference in meanings between English and French versions—In ordinary sense, “lobster” and “*homard*” have same meaning—French and English dictionaries defining both words as crustaceans with large claws—Board interpreting both versions of Tariff according to ordinary meaning in absence of indication Parliament using “lobster” in scientific rather than ordinary meaning, and French word “*homard*” in incorrect manner—Appeal dismissed—Customs Tariff, R.S.C. 1970, c. C-41, tariff items 12700-1, 12800-1, 12805-1—Official Languages Act, R.S.C., 1985, c. O-3, s. 9(2)(b).

DELTONIC TRADING CORP. v. DEPUTY M.N.R., CUSTOMS AND EXCISE (A-934-88, Pratte J.A., judgment dated 8/6/90, 4 pp.)

EXCISE ACT

Claim for property seized—Applicant Bank tried to recover 1989 Chrysler Dynasty car seized and confiscated as being used to transport or store unstamped cigarettes contrary to Excise Act—In particular, Bank tried to obtain order declaring interest (credit given to car buyer under instalment contract) not affected by seizure—Respondent claimed s. 164, relied on by Bank to obtain declaration establishing its good faith, not applicable since contained in Part II of Act, applicable to distilleries only—Bank’s good faith established—S. 164 applies to vehicles seized under present Act, not only to those seized under Part II—Settled law section applies even when offence relates to tobacco rather than spirits—Action brought by applicant not

CUSTOMS AND EXCISE—Concluded

premature—Not in accordance with scheme of Act for claimant to have to wait to file information before claiming what he considers belongs to him—S. 117(2) does not require owner to pay security—Seizure order issued declaring Bank's interest not affected by seizure—Excise Act, R.S.C., 1985, c. E-14, ss. 116, 117, 164.

CANADIAN IMPERIAL BANK OF COMMERCE v. M.N.R. (T-912-90, Denault J., order dated 12/6/90, 8 pp.)

EXCISE TAX ACT

Appeal from judgment setting aside assessment by M.N.R. pursuant to s. 50(1)(a)(i) of Act, relating to sale of used illuminated signs—Respondent making and selling illuminated signs most of which are new—Also selling used signs which it reconditions by cleaning metal box, removing colour from plastic cover and painting new advertising message—Whether such changes so unimportant respondent not producer or manufacturer of signs—Appeal allowed—Respondent producing used signs which it sold—Verbs to “produce” and “manufacture” as used in Excise Tax Act not synonymous: *The Queen v. York Marble, Tile and Terrazzo Ltd.*, [1968] S.C.R. 140 (citing with approval *Gruen Watch Company of Canada Limited et al. v. Attorney-General of Canada*, [1950] O.R. 429 (H.C.)), where person importing watch cases and movements separately, producing watches, even if not manufacturing, when placing movements in cases)—Result mattering, not complexity of operation—New thing existing when liability to perform function component parts previously unable to perform—Respondent not only renewing signs but transforming to display new advertising message—New thing produced—Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, s. 50(1)(a)(i) (as am. *idem* (1st Supp.)), c. 15, s. 19; (2nd Supp.), c. 7, s. 16, c. 42, s. 4; S.C. 1989, c. 22, s. 3).

ENSEIGNES IMPERIAL SIGNS LTÉE v. M.N.R. (A-264-89, Pratte J.A., judgment dated 28/2/90, 5 pp.)

ENVIRONMENT

Notice given by Minister of Environment pursuant to Canadian Environmental Protection Act s. 48(1), regarding proposed regulations dealing with offer for exporting waste containing P.C.B.s—Notice created duty for Minister to respond to notice of objection filed by applicant, with reasons, asking board of review be created pursuant to Act s. 89—Minister did reply not advisable to create such board—By requiring applicant to initiate Court action and incur costs to get reply to notice he had himself requested, Minister acted very rudely and disrespectfully to corporate citizen—Application dismissed—Canadian Environmental Protection Act, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 16, ss. 48(1), 89.

PROVIROTECT INC. v. CANADA (MINISTER OF ENVIRONMENT) (T-2059-90, Rouleau J., order dated 27/7/90, 2 pp.)

FEDERAL COURT JURISDICTION

Thirty-two acres of Indian reserve transferred to Province of Alberta by Order in Council in 1931—Action for declaration Order in Council invalid, lands purported to be transferred still part of reserve, and damages—Motion for judgment for declaratory relief dismissed, applying *Cyrus J. Moulton Ltd. v. The Queen*, [1976] 1 F.C. 437 (C.A.)—Motion to strike claim for declaratory relief for want of jurisdiction as declarations sought affecting property rights of Province of Alberta, dismissed—*Joe et al. personally and on behalf of the Conne River Indian Band and Micmac Indian Community of Conne River v. Canada (Government of)* (1983), 49 N.R. 198 (F.C.A.) distinguished—Similar action against Province of Alberta and federal Crown in Court of Queen's Bench—Claim for damages against federal Crown only available in Federal Court—Actions of Crown servants, and invalidity of Order in Council part of whole lawsuit—Federal Crown cannot be impleaded in provincial Court—Province of Alberta cannot be sued for relief sought in Federal Court—Stay of this action until Court of Queen's Bench action heard refused—Unopposed amendment to increase damages claimed allowed.

ENOCH INDIAN BAND v. CANADA (T-2849-84, Collier J., order dated 28/6/90, 6 pp.)

Armed Forces—Motion to dismiss action on ground Court lacked jurisdiction and statement of claim disclosed no reasonable cause of action—When plaintiff enlisted in Armed Forces, told if he did not succeed in becoming pilot could be released from Forces if he wished—Plaintiff did not succeed in becoming pilot and applied for release—As twelve months taken to give him release, plaintiff brought action for damages for unlawful detention and other damage—Plaintiff stated action tortious in nature and based on Charter—S. 24 not enough to give Court jurisdiction to try case involving remedy for breach of right recognized by Charter if Court does not otherwise have jurisdiction to try case before it—Even admitting Canadian Forces authorities made promise alleged, fact they delayed in releasing plaintiff does not give rise to action for damages for infringement of liberty or security—Court accordingly lacks jurisdiction to try case, whether as breach of contract, tort or under Charter—Motion allowed and action dismissed.

PERKINS v. CANADA (T-706-90, Denault J., order dated 4/7/90, 5 pp.)

TRIAL DIVISION

S. 18 application to review and set aside decertification order of videotape series called “Reed Travel Library” as Class 12 assets (certified short productions) under Income Tax Regulations, s. 1104(2) as well as purported delegation of certification powers by Minister of Communications to Assistant Deputy Minister, Cultural Affairs and Broadcasting—MNR confirmed reassessments—Applicants filed notices of appeal in Tax Court of Canada—Court raised issue of effect of Federal Court Act, s. 29 on availability of s. 18 relief—Parties of view issue legality of administrative decision to decertify and cases had nothing to do with income tax reassessment and appeals therefrom—On basis of statutory provisions and case law, Court without jurisdiction to entertain present application—Applicant's case against decertification order in reality challenge to MNR's

FEDERAL COURT JURISDICTION—**Concluded**

reassessments—In *Minister of National Revenue v. Parsons*, [1984] 2 F.C. 331 (C.A.), Court of Appeal held Act, s. 29 deprived Trial Division of jurisdiction to entertain s. 18 proceedings where appeal from assessment being challenged was provided for in Income Tax Act—Legality of decertification order part and parcel of subject reassessments and appealable under Income Tax Act—Review or setting aside of order therefore expressly precluded by Federal Court Act, s. 29—Application dismissed as Court lacking jurisdiction—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18, 29—Income Tax Regulations, C.R.C., c. 945, s. 1104(2), Class 12(n).

BRYDGES v. KINSMAN (T-396-89, McNair J., order dated 31/7/90, 9 pp.)

IMMIGRATION

Application for leave to file application for judicial review pursuant to Federal Court Act s. 18 from decision of Director of Canada Immigration Centre in Montréal—First, as application for leave requires to be heard on merits, deadline extended to remedy one-day late filing of application—According to precedent, application for leave must be allowed if applicant shows serious question exists to be tried—In case at bar, record raises more than serious question: application of s. 41 of transitional provisions of present Act, in light of Regulations regarding class of plaintiff eligible for refugee status; application of Interpretation Act s. 43 to inquiry begun and adjourned under provisions of old Act repealed before inquiry resumed; scope of theory of legitimate expectation—Application for leave accordingly allowed.

GILL v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T-630-90, Dubé J., order dated 4/7/90, 3 pp.)

DEPORTATION

Application for *certiorari* quashing deportation order, prohibition of removal of applicants from Canada and *mandamus* directing Minister and officials to process applicants for landing pursuant to Immigration Act, s. 114(2)—Applicants arriving in Canada in 1978 from Chile—Minister determining not Convention refugees in 1979—Upon applications for redetermination, Board determining not Convention refugees—Court of Appeal setting aside Board's decision—Applications for redetermination reopened—Prior to rehearing, Minister announcing landing policy for Chileans in Canada prior to certain date—Redetermination applications withdrawn further to representation Minister's permits would be issued upon withdrawal—In seeking landing under new policy guidelines, applicants disclosing involvement in intelligence service of Chilean police, including witnessing murders and acts of torture—Commission revoking decision to issue Minister's permits as not deserving of protection of democratic institution—Redetermination applications reopened—Again found not to be Convention refugees—Upon representations by members of Parliament, Minister deciding sufficient humanitarian and compassionate grounds to

IMMIGRATION—Continued

warrant processing applications for landing from within Canada—Minister's permits issued—As result of public criticism of Minister's decision, action on applications for permanent residence suspended—Permits extended from time to time for two years when advised no further extensions—Deportation orders issued—Applicants feared for lives and those of children born in Canada if returned to Chile—Some question as to whether Minister who decided to issue permits misled by applicants' counsel as to support of Chilean community for applicants—Applicants raising something akin to "Nuremberg defence" i.e. not guilty of crime although witnessed torture and murders as did not actually participate in infliction of pain—Criminality of murder well established—Torture now contrary to Criminal Code, although not so in 1977—No defence to charge of torture that it is ordered by superior or public authority to perform act or omission or that it is justified by exceptional circumstance, including state of war, internal political instability or public emergency—Criminality of torture demonstrated by comparison to crimes of assault causing bodily harm and kidnapping—Under Code, either aiding or abetting constituting sufficient basis of liability—Watching equally culpable with torturing—To watch torture of fellow human without making gesture to rescue victim so perverse and reprehensible that watchers just as immorally criminal as wielders of electrodes, pliers, cigarette butts or instruments of suffocation—To be purposely inflicted with agonizing pain in presence of other humans who will not come to one's help to be doubly tortured, for creates utter despair—Applicants not making out sufficient case for compelling Minister to relent from refusal to process landing—Asserting present Minister estopped by temporary relaxation of refusal effected by predecessor—Previous Minister not submitting recommendations to Governor in Council for specific facilitation of applicants' admission to Canada under Immigration Act, s. 114(2)—*Mandamus* not available to force Minister or Governor in Council to come to specific conclusion once Minister considering submissions—Benefit of s. 114(2) not right which can be articulated against respondent by aliens such as applicants—Neither Minister nor officials authorized to exempt anyone from requirement of s. 9(1)—May grant application for landing from within Canada, but only after exemption accorded by Governor in Council—Absence of regulation by Governor in Council cannot be filled only by Minister's letter—No conditions to support estoppel as (1) Governor in Council discharging "duty" by not passing any regulation under s. 114(2) since responsible Minister not recommending it (2) previous Minister not having legal authority to promise applicants could be "landed" in Canada (3) no irreversible harm suffered by short-lived reliance on Minister's letter—Applicants argued had legitimate expectation of having applications for permanent residence allowed—Neither Court nor previous Minister authorized to dictate outcome of exercise of Minister's discretion—Present Minister giving full and profound attention and consideration to applicants' request for permanent residence—Minister's discretionary decisions not to extend permits not objectively unreasonable, unfair or oppressive—No foundation to allegation of abuse of process—Oral hearings not required as legal rights not being adjudicated (no legal right to permits, to remain in Canada without such permits or without regulation made under s. 114(2))—Applications dismissed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 9(1), 37(6), 114(2)—Criminal Code, R.S.C., 1985, ss. 269.1

IMMIGRATION—Concluded

(as enacted by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 10, s. 2)—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 21(1), 245(2) (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 93, s. 22), 247(1).

NAREDO V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T-1985-89, Muldoon J., order dated 24/7/90, 28 pp.)

Application to set aside deportation order—Citizen of Ecuador entering Canada illegally from U.S. concealed in back of transport vehicle—33 1/2 weeks pregnant when deportation order made—Intending to marry father of child upon his becoming permanent resident—Under s. 32(7) adjudicator may issue departure notice if satisfied, having regard to all circumstances, deportation ought not be made and person will leave on or before date specified—Adjudicator concerned about specifying departure date as uncertain how soon after birth applicant able to travel—Applicant's request for adjournment of inquiry until after birth declined as adjudicator felt compelled to make decision that day—Application allowed—Adjudicator erred in law in failing to exercise discretion under Immigration Regulations, 1978, s. 35(1) to adjourn inquiry at any time—Nothing in Act or circumstances required him to make deport/depart decision that day—Bound to consider and dispose of request for adjournment—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 27(2)(f), 32(6) (as am. *idem* (4th Supp.), c. 28, s. 11), (7) (as am. *idem*, s. 36)—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 35(1) (as am. by SOR/89-38, s. 13).

PACHECO V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-623-89, Stone J.A., judgment dated 12/6/90, 5 pp.)

REFUGEE STATUS

Respondent arrived from Peru in June 1986 and claimed refugee status at inquiry held with respect to him—Appeal from Trial Division order allowing application for *certiorari* against decision of senior immigration officer to deny adjournment of inquiry regarding respondent so it could be held in presence of member of Refugee Status Advisory Committee, for prohibition against Minister to bar him from making decision in case and for *mandamus* directing respondent to allow applicant to be interviewed by member of Committee—Order made prior to coming into force of Act laying down new procedure for recognition of refugee status—Since January 1989 Act providing new procedure for determining refugee status claims and procedure applicable to cases like respondent's—Appeal allowed without costs—Part of order directing respondents to allow respondent to be interviewed by member of Committee quashed since execution now impossible, and appeal against other parties dismissed on ground raising purely theoretical questions—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2 (as am. *idem* (4th Supp.), c. 28, Schedule, ss. 41 *et seq.*).

VASQUEZ V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-574-87, Pratte J.A., judgment dated 15/6/90, 5 pp.)

INCOME TAX

Under cover of action for declaratory judgment, application challenged order absolute imposing charge on land and ultimately certificate registered pursuant to s. 233 of Act—Issue whether clearance certificate issued in error, and if so, whether heirs who accepted estate subject to inventory liable for payment of tax when M.N.R. could not obtain payment from executor of will—Plaintiffs' father died in 1979—In 1983, Department found tax return for 1978 not filed—Clearance certificate issued in error in December 1985—Though executor and plaintiffs knew this was error and Department informed them of error, final distribution of estate proceeded—Department then obtained disputed order and certificate—Clearance certificate invalid as issued in error—Clearance certificate concerns only executor; it does not increase heirs' liability or reduce it in any way—Plaintiffs accordingly subject to tax obligation arising out of father's estate—Plaintiffs could bring action for damages or for accounting against executor to require reimbursement of share of tax debt—Action dismissed.

BOUGIE V. CANADA (T-681-88, ITA-3836-86, Denault J., judgment dated 4/6/90, 11 pp.)

ASSOCIATED COMPANIES

Appeal from decision appellant properly assessed under ss. 212 and 215 of Act to pay withholding tax on interest paid by it to wholly-owned subsidiary—Dismissed—Where subsidiary binding self by entering into various contracts, not agent but principal—Essence of agency that agent binding principal only—Appellant's argument re s. 805 of Regulations failing—Even if subsidiary carrying on business, business carried on in United States, not in Canada.

ALBERTA GAS ETHYLENE CO. V. CANADA (A-1208-88, Hugessen J.A., judgment dated 18/6/90, 2 pp.)

CORPORATIONS

Interpretation of s. 125(6)(a) "Canadian-controlled private corporation" as applicable to taxation years 1979-1982—Appeals from Minister's decisions disallowing small business deduction on grounds plaintiff not Canadian-controlled private corporation—Plaintiff company issued letters patent in 1967—Shares not listed on public stock exchange—Selling shares in 1972 to two public corporations each receiving 50%—New manager acquiring 25% interest and 50% voting rights—Management agreement providing for termination thereof by plaintiff company, at its options, without notice, upon payment of 1/3 annual fee to manager—Shareholder agreement allowing manager's wholly owned company to purchase shares on his behalf—Public corporations then having 37 1/2 % shares each—Termination of shareholders agreement consequent upon termination of manager's agreement allowing for public companies to buy back shares—Board of directors consisting of four members from public corporations and manager—By-laws of plaintiff company providing only majority vote capable of changing board—Action dismissed—Plaintiff not "Canadian-controlled private corporation" within meaning of s. 125(6)(a) as applicable to taxation years 1979-82—Controlled by public

INCOME TAX—Continued

corporations—Deciding factor in determining control not issue of 50/50 voting rights giving neither side control but fact neither side able to effectively change board of directors composed of majority of nominees of public corporations—Majority vote required to change board—Public corporations retaining for as long as wished majority of board of directors—Having legal and effective control of plaintiff company: *Oakfield Developments (Toronto) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1971] S.C.R. 1032; *R v. Imperial General Properties Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 288—Fact plaintiff able to terminate management agreement thus allowing public corporations to revert to pre-agreement position of 50% of shares each not meaning public corporations having control—Applicable case law stating until management agreement actually terminated and shares purchased neither party having voting control—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 125(6)(a) (as am. by S.C. 1977-78, c. 1, s. 101; c. 32, s. 32; 1980-81-82-83, c. 48, s. 70).

INTERNATIONAL MERCANTILE FACTORS LTD. v. CANADA (T-261-86, T-262-86, T-263-86, T-264-86, Teitelbaum J., judgment dated 5/6/90, 19 pp.)

INCOME CALCULATION

Mohawk entering into agreement to purchase waste oil reprocessing plant with Phillips Petroleum Co.—Agreement providing in event of non-performance, Mohawk to get only refund of purchase price (\$2,850,000)—After installation, plant never working properly—Mohawk claiming \$15 million, including expenses incurred to date and claim for loss of future profits—Phillips negotiating and paying Mohawk \$6 million U.S. settlement for breach of agreement—Allocation of \$6 million not discussed—Mohawk not including settlement amount in taxable income—Minister holding Mohawk being reimbursed for previously deducted outlays and allocating net settlement amount between income and capital—Settlement not based on purchase agreement, nor on loss of profit—Paid to preserve reputation and prevent lawsuit that could have proved embarrassing for Phillips—Settlement not taxable income as not income from business contemplated by Income Tax Act, ss. 3, 4 or 9, but income as damages resulting from breach of contract paid not to compensate loss of profits but to prevent lawsuit and loss of reputation—Reimbursement of monies previously deducted as expense not making reimbursement taxable income—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 3 (as am. by S.C. 1977-78, c. 1, s. 1; c. 42, s. 1), 4, 9.

MOHAWK OIL CO. v. CANADA (T-1935-88, Teitelbaum J., judgment dated 11/7/90, 17 pp.)

Appeal from Trial Division decision \$500 received by respondent from employer in taxation year 1979 not benefit within meaning of s. 6(1)(a)—Alternatively that difference of \$79.57 between receipts submitted (\$420.43) and maximum allowed under collective agreement (\$500) allowance within meaning of s. 6(1)(b) of Act—Respondent undercover plainclothes policeman—Duties requiring larger size jacket and overcoat—Trial Judge finding clothes chosen with employment requirements in mind and worn only at work—Collective agreement providing re-imbursement up to \$500 per annum for costs of clothing member required to provide and wear as part of

INCOME TAX—Continued

regular duties—Appeal dismissed—Money paid for clothes not benefit within meaning of s. 6(1)(a)—Trial Judge applied proper test being whether facts showing material acquisition conferring economic benefit on taxpayer: *R. v. Savage*, [1983] 2 S.C.R. 428—Difference of \$79.57 not allowance within meaning of s. 6(1)(b): *The Queen v. M. Pascoe* (1975), 75 DTC 5427 (F.C.A.)—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 6(1)(a),(b).

HUFFMAN v. CANADA (A-1204-88, Heald J.A., judgment dated 14/6/90, 9 pp.)

Capital Gains

Appeal from Minister's reassessment of income for 1982 taxation year assessing plaintiff for taxable capital gain of \$11,850 for sale of racing horse sold for \$24,700—Minister characterizing horse as personal-use property—Allowing \$1,000 as adjusted cost base—Plaintiff claiming expenses of maintaining horse for 4 years to be added to adjusted cost base in amount of \$13,599—Whether "cost to taxpayer" s. 54(a)(ii) including expenses of maintaining horse—Appeal dismissed—Plaintiff failing to meet burden of proof Minister's assessment erroneous—"Cost" meaning price taxpayer giving up to acquire asset: *The Queen v. Stirling, G.* (1985), 85 DTC 5199 (F.C.A.)—Only price plaintiff giving up to get horse stud fee of \$1,000—Expenses of keeping horse not part of cost to plaintiff of personal-use asset—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 46(1), 54(a)(ii).

WATKINS v. CANADA (T-2282-85, McNair J., judgment dated 13/7/90, 7 pp.)

Deductions

Appeal from reassessments for 1985, 1986 and 1987—Plaintiff relocating from Ottawa to Edmonton at employer's request—Interest rate on home mortgage increased from 12.5% to 14.25%—Employer reimbursing taxpayer for higher interest charges each year—T-4A slips listing amounts as "other income"—Plaintiff not including amounts in income—Assessed (confirmed on reassessment) as income—Income Tax Act, s. 6 drafted broadly to ensure "fringe benefits" received from employer included in income—Appeal allowed—Payments received for increased interest expenses neither benefit under s. 6(1)(a) nor allowance under s. 6(1)(b)—Test set out in *R. v. Poynton*, [1972] 3 O.R. 727 (C.A.): whether economic "benefit" conferred—*Ransom, Cyril John v. Minister of National Revenue*, [1968] Ex.C.R. 293 still good law in area of reimbursement—Whether employee required to move or requested to move irrelevant—Expenses incurred by virtue of employment—No economic benefit conferred on plaintiff—Simply restored to economic situation prior to relocation—Payments not allowance i.e. not pre-determined sums paid in advance to allow recipient to discharge certain type of expense for which not accountable—Reimbursement for actual expenses—What employee did with money received irrelevant as employee initially paid expenses out-of-pocket—Payments allowing plaintiff to remain in same economic position would have been in, but

INCOME TAX—Continued

for transfer—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 61(1)(a) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 140, s. 1), (b).

SPLANE V. CANADA (T-1784-88, T-1877-88, Cullen J., judgment dated 10/7/90, 13 pp.)

Appeal from trial judgment allowing appeal from income tax assessments—Minister reducing manufacturing and processing deduction claimed under s. 125.1 for 1977 and disallowing deductions for 1978 and 1979—Respondent provides wide range of services in completion and stimulation of oil and gas wells—Completion services including cementing procedure, involving pumping of cement slurry to support and keep in place pipe lowered into well bore—Respondent blending slurry according to requirements of each job—Rarely selling its specialized blends of cement, but supplying materials so blended in conjunction with placement services performed at well site—Stimulation services designed to stimulate flow of oil and gas into well bore to facilitate pumping to surface—Involving use of fluid to crack rock formation and placement of proppant in cracks to prop them open to create channels through which oil flows (fracturing), or use of specially blended acid to create flow channels by either dissolving some formation or removing debris (acidizing)—Characteristics of fluid used determined for each well—Respondent normally preparing treatment proposals—Although respondent making recommendations, operator ultimately deciding on products and processes—Trial Judge correctly holding respondent processing “goods”—Question: whether they were “goods for sale”—As to whether Trial Judge erred in declining to apply common law distinction between contract for sale of goods and contract for work, labour and materials, *Halliburton Services Ltd. v. The Queen* (1985), 85 DTC 5336 (F.C.T.D.) applied—*Crown Tire Service Ltd. v. The Queen* (1983), 83 DTC 5426 (F.C.T.D.) distinguished as customer ultimately decides products, equipment and pressure rates to be used—Customer billed for both materials provided and services performed—Respondent not entering pure service contracts, but processes goods to customer’s specification which it utilizes to perform specialized services required by customer—Determination of particular time at which and where title to goods passes of little importance in determination of relationship between parties—Significant that since products furnished produced to particular specifications of operator/customer and must be paid for by it whether completely used or not, title may pass when mixing and blending effected—Respondent’s processing activities falling within processing of goods for sale in s. 125.1(3)(a)—Whether entitled to claim investment tax credits under s. 127(5) in respect of cost of equipment and machinery used in processing activities—To qualify for investment tax credit, property must be “qualified property” within s. 127(10) i.e. prescribed machinery used primarily for purpose of manufacturing or processing goods for sale—Although respondent’s vehicles initially designed for use on highways or streets, design so modified for purposes of utilization that limited design purpose of minimal importance—Primary purpose to become parts of integrated process for cementing and/or stimulation of oil or gas wells—Since respondent’s equipment and machinery not described in any other class in Schedule B, falls into residual Class 8(d)(i) and therefore falls within Regulation 4600(2)(c), qualifying for investment tax credit—Also therefore to be included in Class 29 for capital

INCOME TAX—Concluded

cost purposes—Appeal dismissed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 125.1 (as enacted by S.C. 1973-74, c. 29, s. 1), 127(5) (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 71, s. 9), (9), (10) (as am. *idem*; 1977-78, c. 1, s. 1)—Income Tax Regulations, SOR/54-682, ss. 4600(2)(e) (as am. by SOR/76-222, s. 1), 5200 (as am. by SOR/73-495, s. 1), Schedule B, Classes 8(d)(i) (as am. by SOR/72-273, s. 1), 10(a) (as am. by SOR/76-798, s. 7), 29 (as enacted by SOR/73-433, s. 4; SOR/75-161, s. 3; SOR/76-798, s. 7).

NOWSCO WELL SERVICE LTD. V. CANADA (A-636-88, Urie J.A., judgment dated 10/4/90, 19 pp.)

Farming

Appeal from decision of Tax Court of Canada quashing notices of reassessment and allowing defendant to deduct total amount of losses from farming for 1977 to 1981 taxation years—Defendant part of group of companies controlled by principal shareholder—Companies providing services to elderly and handicapped—In 1975 shareholder buying farm and transferring ownership to defendant, whose function was to provide management services to group—Farm bought so production could be sold to companies administered by defendant for consumption by elderly and handicapped and to provide leisure activities for latter—Defendant going into farming and breeding but efforts unsuccessful—Whether principal source of income from farming or combination of farming and some other source, which would allow all losses to be deducted under s. 31(1) Income Tax Act—Validity of notices of reassessment restored—Principal source of income from management services undertaking—Application of criteria established in *Moldovan v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 480; *R. v. Graham*, [1985] 2 F.C. 107 (C.A.); *Morrissey v. Canada*, [1989] 2 F.C. 418 (C.A.)—Capital committed to farming becoming less important with time—Defendant devoting less time to farming than to management services—Lack of present and future profitability of farm continuing to accumulate losses—Annual increase of profits generated by management undertaking—Income Tax Act, R.S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 31(1), (2), (3) (as am. by S.C. 1973-74, c. 14, s. 7; 1979, c. 5, s. 9).

CANADA V. SERVICE D’ADMINISTRATION CHAMPLAIN INC. (T-1100-86, Pinard J., judgment dated 15/2/90, 17 pp.)

Income or Capital Gain

Whether land acquired with intention of subdivision and resale or for use as part of farming operation—Consideration of factors such as size of cattle herd, existing acreage, distance of new property from home farm, nature of land and improvements thereto, decrease in size of herd, vagueness of plans to continue in cattle business, time elapsed before sales, zoning changes—Appeal dismissed—Land acquired with intention of rezoning and selling at profit.

HERTEL V. CANADA (T-1745-88, Jerome A.C.J., judgment dated 28/3/90, 8 pp.)

JUDICIAL REVIEW

APPLICATIONS TO REVIEW

Application to set aside Canada Employment and Immigration Commission decision denying applicant labour adjustment benefits under Labour Adjustment Benefits Act—Labour Adjustments Review Board certifying applicant laid off May 9, 1982—Applied to Commission for labour adjustment benefits—Commission holding applicant not meeting age requirements of s. 14(1)(c) as less than 54 years old on effective date of lay-off and not meeting exempting conditions of s. 14(2) (i.e. will suffer severe financial hardship unless receives benefits)—As commission's decision under s. 14(2) required to be made on judicial or quasi-judicial basis, reviewable under Federal Court Act, s. 28—Labour Adjustment Benefits Act, s. 31(2) precluding appeal of Commission's decision under s. 14(2), not review—That general procedures in ss. 13 and 14 pointing to adjudicative response in each case rather than implementation of social and economic policy, and importance of issue leading to conclusion Commission's decision under s. 14(2) made on judicial or quasi-judicial basis within tests enunciated in *Minister of National Revenue v. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 S.C.R. 495—Absence of language mandating hearing or specific procedural rules to be followed by Commission in deciding matter under s. 14(2) not fatal to requiring such hearing—"May determine" in s. 14(2) having imperative meaning—S. 10 providing any qualified employee coming within provisions of Act entitled to benefits—Commission obligated to pay benefits to those entitled to receive them—S. 14(1) involving procedure and possible appeal relating to decision of Commission also using "may determine"—Commission having duty to comply with rules of natural justice, including right of applicants to be heard—In deciding applicant would not suffer "severe financial hardship", Commission relying upon comparison of applicant's financial statement with poverty line as defined by National Council of Welfare and normal allowance for family of two according to Provincial Department of Consumer Affairs—Unilaterally reducing statement of expenses submitted by applicant without allowing opportunity for justification why guidelines inappropriate—Application allowed—Labour Adjustment Benefits Act, R.S.C., 1985, c. L-1, ss. 10, 13, 14(1), (2), 31—Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, ss. 3, 11—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.

BURKE V. CANADA (IMMIGRATION AND EMPLOYMENT COMMISSION) (A-205-89, Iacobucci C.J., judgment dated 21/8/90, 11 pp.)

LABOUR RELATIONS

Application to set aside Canada Labour Relations Board's decision employees (letter carriers) who refused to drive trucks through picket lines entitled to protection of Canada Labour Code, s. 128(1) and Canada Post's failure to comply with s. 128(7) by investigating employees' reports made pursuant to s. 128(6) before suspending them in contravention of s. 147(a)(iii)—Board finding employees' actions motivated by concerns for safety of picketers and not by desire to support strikers—Employees acting individually and actions not authorized by Union—S. 128 providing where employee having

LABOUR RELATIONS—Concluded

reasonable cause to believe operation of thing constituting danger to another employee, may refuse to operate thing—Code, s. 22(1) providing Board's decisions final except where breaching principles of fundamental justice or acting beyond or refusing to exercise jurisdiction—Canada Post alleging Board interpreted s. 128 in patently unreasonable manner in determining (1) striker "another employee" and (2) danger created by picketing kind of danger contemplated by Part II, thus exceeding jurisdiction—Arguing since no counterpart to s. 3(2) (where employee status not lost as result of strike) in Part II and since s. 3(2) expressly limited to Part I, striker not employee—Board correctly explaining difference in definitions of employee by reference to objectives of Parts I and II—Part I relating to collective bargaining requiring management exclusion—Broader definition in Part II dealing with workplace safety intended to cover all persons working for employer—Interpretation not patently unreasonable—In refraining from using restrictions, in s. 128(1), such as "at work" used elsewhere, not patently unreasonable to interpret subsection as not requiring "another employee" to be at work—Reading s. 128 with s. 126 supporting Board's interpretation of s. 128—Cases relied upon to show possible danger created by picketing kind of danger contemplated by Code, Part II distinguished—Board's view of ambit of s. 128(1) in relation to danger to other employees on picket line not patently unreasonable—Application dismissed—Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 22(1), 126 (as am. *idem* (1st Supp.)), c. 9, s. 4), 128 (as am. *idem*), 147 (as am. *idem*)—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.

CANADA POST CORP. V. LETTER CARRIERS' UNION OF CANADA (A-64-89, Urie J.A., judgment dated 5/7/90, 14 pp.)

S. 28 application against decision of Umpire appointed pursuant to Canada Labour Code that applicant not dismissed by Lufthansa German Airlines, but had himself resigned by refusing to return to work following disciplinary suspension—Applicant's arguments invalid in law—Application dismissed.

SROUGI V. CANADA (ARBITRATOR LABOUR CODE) (A-135-89, Hugessen J.A., judgment dated 17/5/90, 4 pp.)

MARITIME LAW

TORTS

Liability—Action for damages for injuries suffered when defendant vessel collided with moored barge property of third party defendant Seaspan—Plaintiff, on vessel *Kona Winds* taking part in "carol" procession in Vancouver Harbour, falling down stairway as result of collision—Liability denied on basis of alleged charter-party agreement and contributory negligence—Both defences as against plaintiff abandoned at commencement of trial—First three defendants instituting third party proceedings against Seaspan arguing contributory negligence for not lighting moored barge—Arguing *prima facie* case of negligence established as statutory duty on Seaspan requiring barge be lit—First three defendants liable—Failure by captain to keep proper look-out cause of collision—Collision of

MARITIME LAW—Concluded

moving vessel with stationary barge raising presumption of negligence on part of master of moving vessel—Evidence establishing finding of negligence—Although lighting required as barge not falling within R. 30(h) exception in Collision Regulations and in breach of statutory duty even if mooring area not “in or near a narrow channel or fairway or where other vessels normally operate”, unlit barge not cause of collision—Seaspan not contributorily negligent—Collision Regulations, C.R.C., c. 1416, R. 30(h) (as am. by SOR/83-202, s. 3(46)).

CLARK V. KONA WINDS YACHT CHARTERS LTD.
(T-1756-88, Reed J., judgment dated 30/5/90, 15 pp.)

MASTER AND SERVANT

Actions for damages, in nature of claims for wages, by former ship master against former employer—Plaintiff suing for fundamental changes in terms of employment and wrongful dismissal—In 1983, attained retirement age (65) but reached agreement with company whereby could continue working, at certain conditions—Ownership of company changed in 1984—Changes made—Plaintiff became relief master, number of working days and paid leave days diminished; paid for 6 months instead of twelve—Entitlement to vacation pay, contributions to pension plan reduced—Plaintiff filed complaint of discrimination to Canadian Human Rights Commission—Complaint dismissed—Plaintiff then commenced action for damages for losses resulting from fundamental changes to employment contract—When refused settlement offer, plaintiff dismissed as action deemed inconsistent with requirements of “utmost loyalty, good faith and trust”—Action with respect to fundamental changes dismissed—Action in fact for damages arising from constructive dismissal—Employee may accept, resign and sue for constructive dismissal or stay on to mitigate damages—Employee remaining in position fundamentally altered by employer may, after reasonable period of time, be viewed as having condoned changes made and by conduct be deemed to have accepted new employment arrangement—Although plaintiff arguing remained in employment in order to mitigate damages, here, plaintiff considered as having condoned changes as remained in position for more than two years—Action for wrongful dismissal allowed—Action by plaintiff not just cause for dismissal—Extension of plaintiff’s employment beyond 65 not “at pleasure”—Concept applicable only with respect to public office holders—In light of length of employment with defendant, senior position, advanced age and prospect of securing alternative employment, plaintiff should have been entitled to reasonable notice period of 8 months—On evidence, general damages awarded at \$28,576.14 with interest at 7.13% for 8-month reasonable notice period, i.e. from date of dismissal until August 8, 1987 and then on at 9.65%—Plaintiff’s service on other ship deducted in mitigation—Punitive damages not warranted.

ANSTEY V. FEDNAV OFFSHORE INC. (T-271/5-86,
T-346-87, MacKay J., judgment dated 30/5/90, 32 pp.)

PAROLE

Dangerous sex offender, inmate at Kingston Penitentiary, seeking *mandamus* compelling respondents to prepare parole case as required under Penitentiary Act, s. 6 by facilitating and directing completion of assessment by doctor—Preliminary assessment recommending second assessment on in-patient basis—Costs of second assessment estimated at \$14,000—Warden indicating could not support granting of escorted temporary absence to facilitate further assessment but stating wanted to draw matter to attention of Parole Board to acquire its views—Warden’s decision therefore not final—Motion dismissed as premature but without costs and without prejudice to applicant’s right to re-introduce motion following final decision by warden.

MACINNIS V. CANADA (SOLICITOR GENERAL)
(T-1341-90, Dubé J., order dated 11/7/90, 6 pp.)

Appeal from Trial Division decision dismissing application for *certiorari* to quash Parole Board order revoking mandatory supervision and for order crediting time spent in custody in United States—Appellant arguing sentence time wrongly calculated since not credited with time spent in U.S. prison—Well established time spent in custody in United States not time “in custody” for purposes of Parole Act—Parole Board not responsible for calculating sentence—Furthermore, appellant did not address point in Trial Division—Board did not loose jurisdiction to revoke parole by failing to act on suspension warrant within 14 days as required by Act, s. 22(3): settled law power of revoking parole not dependent upon prior suspension under Act, s. 22—No reasonable apprehension of bias—Appeal dismissed—Parole Act, R.S.C., 1985, c. P-2, ss. 16, 22, 25.

MCCLARTY V. CANADA (NATIONAL PAROLE BOARD)
(A-991-88, Hugessen J.A., judgment dated 5/7/90, 8 pp.)

PATENTS

Infringement action commenced by respondents—Appellant pleading respondents not entitled to relief, alleging illegal and inequitable conduct re patent and appellant—Appeal from order striking out appellant’s allegations of “savour of champerty and maintenance” from amended statement of defence and counterclaim dismissed—No reasonable cause of defence alleged—Appellant alleging assignment of patent—Not asserting respondent Amsted assignee of anything more than patent and exclusive rights thereunder to make use of and sell invention—Nothing unlawful in purchase of patent which purchasers can only enjoy by defeating existing or future claims—As patent itself assigned, absent right to sue for past infringement, assignment incapable of being construed as one of bare right of action or as savouring of champerty and maintenance—Difficulty of applying doctrine of champerty to patent cases—Although Motions Judge properly exercising discretion, erroneously stating intention or motive irrelevant when savour of champerty and maintenance pleaded—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 419(1)(a).

AMSTED INDUSTRIES INC. V. WIRE ROPE INDUSTRIES LTD. (A-1130-88, Décaré J.A., judgment dated 8/6/90, 7 pp.)

PATENTS—Concluded**INFRINGEMENT**

Interlocutory injunction to prevent defendant from manufacturing and operating paving machine—Process of plaintiff's patented paving machine joint invention of plaintiff and defendant Wiley—Wiley selling his half-interest in patent to plaintiff and subsequently filing protest to have patent declared invalid—Defendant alleging its machine using different process or method—Application denied—Although plaintiff having legitimate arguable case, not showing irreparable harm if injunction not granted—Balance of convenience in favour of defendant—Issuance of injunction likely forcing defendant out of business—Urgent case as paving season short: *Risi Stone Ltée v. Groupe Permacon Inc.* (T-1005-89, Reed J., judgment dated 14/2/90, 16 pp., not yet reported) distinguished—Because of past conduct of defendant Wiley in dealings with plaintiff, defendant to deposit 12 1/2% of all income received from any work done by its machines and 25% of sale price of any machine until judgment—Fixed charge on all real estate owned by defendant.

R. W. BLACKTOP LTD. v. ARTEC EQUIPMENT CO.
(T-859-90, Teitelbaum J., order dated 25/6/90, 10 pp.)

PENITENTIARIES

Application for *certiorari* quashing conviction for disobeying lawful order of member of Correctional Service, and for declaration pursuant to Charter, s. 24 Penitentiary Service Regulations, s. 41(2)(c) contrary to Charter, s. 8 in so far as authorizes strip searches of penitentiary inmates—S. 41(2)(c) providing member may search inmate where such action reasonable to detect presence of contraband—S. 8 guaranteeing right to be secure against unreasonable search or seizure—Applicant, convicted murderer, refusing to submit to strip search prior to being escorted out of Matsqui by sheriffs to attend court—Independent Chairperson holding not part of judicial arm of government, but manifestation of executive branch and lacking jurisdiction to determine Regulations, s. 41(2)(c) contrary to Charter—Application denied—Declaratory relief available only by way of action unless respondent consents and provided agreed statement of facts on file—Respondent refusing consent and no agreed statement of facts filed—S. 24(1) not empowering Court to make declaration on simple application—Applying *Zwarich v. Attorney General of Canada*, [1987] 3 F.C. 253 (C.A.), Independent Chairperson having duty to consider whether s. 41(2)(c) contrary to Charter, restricting himself to circumstances before him—Only superior courts having jurisdiction to declare legislation contrary to Charter—Conviction should stand—Regulations, s. 41(2)(c) not infringing right to be secure against unreasonable searches guaranteed by Charter, s. 8—On facts, reasonable to request strip search—Affidavit evidence contraband, including weapons, often discovered by routine strip searches of convicts leaving or entering institution—As applicant convicted murderer, ensuring safety of guards of concern—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.), [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 8, 24—Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.)

PENITENTIARIES—Concluded

[R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52—Penitentiary Service Regulations, C.R.C., c. 1251, ss. 39(a) (as am. by SOR/85-640, s. 4), 41(2)(c) (as am. by SOR/80-462, s. 1).

HANNA v. MATSQUI INSTITUTION (T-1479-90, Teitelbaum J., order dated 13/7/90, 8 pp.)

PRACTICE

Plaintiff moving for adjournment of trial because of financial difficulties in arranging for expert evidence for fixed trial date previously set upon joint application of parties—Motion granted—Special circumstances—Terms imposed—Costs to defendant in any event of cause for additional preparation required for pending discoveries on solicitor-client basis—Party and party costs to defendant for instant motion—Motion for immediate production of expert witnesses denied—Counsel to agree on discovery date—Costs of latter motion costs in cause.

ANDERSON v. NASCOR INC. (T-405-90, Collier J., order dated 17/8/90, 4 pp.)

DISCOVERY*Production of Documents*

Motion for production of U.S. company's documents, found to be privileged in U.S. action involving related patents and number of same parties, or for sanctions penalizing non-production under R. 465(5)—U.S. company subsidiary of Dutch company carrying on business in close cooperation with plaintiffs—Employees of U.S. company discovered on behalf of plaintiffs—Plaintiffs' right to patent flowing through U.S. company alleged to be assignor of patent—Case law establishing R. 465(5) not conferring legal right to examine for discovery assignor of right where assignor not party to action, not agreeing to be examined and not amenable to subpoena as outside country—Defendants attempting to overcome absence of U.S. company from jurisdiction by serving employees of U.S. company who would be in Canada for examination on behalf of plaintiffs—Neither will be in Canada as officer of U.S. company and presence of either not bringing U.S. company within Court's jurisdiction—No evidence either employee appropriate person to be examined on behalf of U.S. company as neither assignor of patent or any right connected with it and so susceptible of being discovered personally—As no evidence U.S. company under control of plaintiffs, plaintiffs cannot be required to produce documents nor can U.S. company be required to supply them—Assuming U.S. law re: privilege same as Canadian law, U.S. court's finding of privilege rendering it patently unfair to cause production of privileged documents in action to which not party and in which could not claim privilege—As Court not having jurisdiction to order production of U.S. company's documents, cannot sanction failure to produce those documents and thus indirectly cause production cannot cause directly—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 465(5).

UNILEVER PLC v. PROCTER & GAMBLE INC.
(T-2534-85, Giles A.S.P., order dated 16/8/90, 5 pp.)

PRACTICE—Continued**EVIDENCE**

Appeal from order dismissing appellant's application for four writs of *certiorari*, various orders of injunction and appointment of receiver-manager—Motions Judge finding no authentic basis of facts as no cross-examination on multitude of contradictory affidavits—At hearing appellant abandoning all but one of remedies originally sought namely *certiorari* to quash decision tainted by bias, arguing Court now in position to make determination since facts supporting remedy all admitted—Appeal dismissed—None of facts tested—No error by Motions Judge—Decision by Band councillors to pay themselves salaries not necessarily resulting in conflict of interest—Law governing power of Band councils customary as well as statutory.

COOK'S FERRY BAND V. COOK'S FERRY BAND (COUNCIL) (A-368-89, Heald, Urie and Hugessen J.J.A., judgment dated 22/6/90, 4 pp.)

JUDGMENTS AND ORDERS*Stay of Execution*

Application to stay execution of decision and orders made by Canada Labour Relations Board until Court disposes of applicant's application pursuant to Federal Court Act s. 28—Same principles as those governing applications for interlocutory injunction to be applied—Stay would not contribute to enabling applicant to benefit from own turpitude—Applicant raised serious questions for solution in application for judicial review—Applicant would suffer irreparable harm and most serious hardship if stay not granted—Application allowed.

IBERIA AIRLINES OF SPAIN S.A. V. CANADIAN UNION OF PUBLIC EMPLOYEES, LOCAL 4027 (T-1801-90, Pinard J., order dated 27/7/90, 2 pp.)

Canadian Forces soldier requested stay of execution of all proceedings to be brought regarding his withdrawal from Canadian Forces—Jurisdiction of this Court under Federal Court Act s. 50(1)(b) to stay proceedings other than those it has before it—Applicant's rights to liberty apparently infringed since required to return to Kingston against his will when two grievance levels recognized entitled to withdraw from Canadian Forces under conditions in effect at time he joined—Stay granted until September 1, 1990, date on which Department of National Defence to render decision, with reasons, respecting his withdrawal from Canadian Forces—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 50(1)(b).

DEROME V. CANADA (T-2121-90, Rouleau J., order dated 1/8/90, 3 pp.)

PLEADINGS*Motion to Strike*

Appeal from decision of Senior Prothonotary allowing motion to strike allegations contained in statement of claim—

PRACTICE—Concluded

Exercise of Senior Prothonotary's discretionary power—No error of law or fact—Appeal dismissed.

CANADA V. AIR CANADA (T-373-88, Pinard J., order dated 15/6/90, 3 pp.)

REPRESENTATION BY ATTORNEY OR SOLICITOR

Motion by defendants for order enjoining plaintiffs' solicitors from acting as counsel for any of plaintiffs—Plaintiffs' solicitors never acted for defendants—No conflict situation—Grounds alleged by defendants based on speculation and not on legal substance—Motion dismissed.

SHIBAMOTO & CO. V. WESTERN FISH PRODUCERS, INC. (TRUSTEE OF) (T-1810-88, Collier J., order dated 11/7/90, 8 pp.)

VARIATION OF TIME

Application for extension of time to file notice of appeal—Application not accompanied by required supporting affidavit—Applicant not represented by counsel—Court having neither time nor right to assist lay parties—Such activity would destroy Court's role of independent adjudicator—No demonstrated basis upon which to extend time—Application dismissed.

DE KOROMPAY V. ONTARIO HYDRO (T-377-88, Muldoon J., order dated 17/7/90, 3 pp.)

TRADE MARKS**INFRINGEMENT**

Damages—Permanent injunction issued and reference directed—Plaintiffs electing damages—Plaintiffs owner and registered user respectively of trade mark "Singer"—Defendant not filing statement of defence and not appearing although properly served—Where evidence lacking, courts consistently holding not necessary to give proof of damages—Damages are damages at large—Once findings goodwill interfered with and confusion resulting, damages presumed at law—Fixed at \$4,000—Affidavit evidence indicating defendant notified of termination of Dealer Agreement in August 1984—Numerous subsequent cease and desist letters—Defendant continuing to display "Singer" sign after receiving letters and after service of statement of claim in February 1989.

SINGER CO. V. ADAM'S KNIT AND SEW CENTER LTD. (T-248-89, Cousineau Referee, report dated 27/6/90, 3 pp.)

PRACTICE

Variation of order—Application by defendant to vary interlocutory injunction (1) enjoining plaintiff from selling in Canada vacuum canisters bearing trade mark "Beam" except

TRADE MARKS—Concluded

to defendant; (2) compelling defendant to purchase from plaintiff only entire supply of "Beam" canisters—Order made to preserve status quo—Alleged failure by plaintiff to observe status quo by not providing required supply of canisters and by selling in Canada canisters similar to "Beam" product—Whether facts significantly different to justify extraordinary relief of varying order—Motion allowed in part—No evidence sale of similar canisters causing confusion—Order varied to ensure continuous supply of canisters from plaintiff to defendant.

WHITE CONSOLIDATED INDUSTRIES INC. v. BEAM OF CANADA INC. (T-343-90, Teitelbaum J., order dated 3/5/90, 8 pp.)

REGISTRATION

Appeal from Registrar of Trade Marks' decision refusing application for registration of trade mark "Just Workwear" for use in association with work clothing on grounds of likelihood of confusion with second respondent's trade name (Work Wear Corporation of Canada Ltd.) and lack of distinctiveness—Appeal dismissed—Registrar did not err in findings: lack of distinctiveness, respondent used trade name longer, wares virtually identical, trades similar and high degree of resemblance.

TRIPLE G. MANUFACTURING INC. v. WORK WEAR CORP. (T-1635-88, McNair J., judgment dated 27/6/90, 15 pp.)

TRANSPORTATION

Applications for interim injunctions restraining Toronto Harbour Commissioners from imposing passenger user fee; from making expenditures in connection with proposed expansion of commercial air services and/or construction of new terminal facilities at Toronto Island Airport except those forming part of "approved budget" for which Minister of Transport bearing financial responsibility pursuant to Tripartite Agreement; from using monies acquired from non-airport activities to subsidize expansion; from permitting scheduled commercial air services by additional carriers except those utilizing aircraft within definition of "general aviation" in Tripartite Agreement, aircraft certified to satisfy flight performance and navigation requirements of STOL aircraft and aircraft complying with noise limitations set out in lease agreement—Alleging breach of Toronto Harbour Commissioners Acts of 1911 and 1985 and Tripartite Agreement re: extent and nature of operation of Toronto airport—Applications dismissed—Interim injunction extraordinary remedy lying within equitable jurisdiction of Court—Although serious issue to be tried, irreparable harm and balance of convenience not established—Actions authorized by Toronto Harbour Board not unreasonable—Type of aircraft, number of flights and public interest in more service with more flights available not doing irreparable harm to applicants—As to balance of convenience, Air Ontario operation ready to roll

TRANSPORTATION—Concluded

although more inconvenient for City Express to have to operate with another carrier.

TORONTO (CITY) v. CANADA (MINISTER OF TRANSPORT) (T-816-90, T-792-90, Cullen J., order dated 30/3/90, 7 pp.)

UNEMPLOYMENT INSURANCE

On October 3, 1988 applicant sending Commission request to (1) review file regarding benefits payable in 1985-1986 (s. 43 of Act) and to (2) extend time to appeal to board of referees from Commission's 1985 and 1986 decisions (s. 79)—Applicant seeking to benefit from findings in *Giroux* ([1989] 1 F.C. 279 (C.A.)), whereby compulsory annual leave indemnities paid to worker by Office de la construction du Québec no longer earnings—On October 31, 1988 Commission dismissing application for review without ruling on question of extension—On July 13, 1989, pursuant to new review application, Commission refusing to extend appeal deadline and to vary earlier decisions—Application at bar to set aside decision of October 31 by *certiorari* dismissed—Not decision of October 31 that should be disputed, but that of July 13—Application of October 31 ambiguous—Documentary evidence disclosing application not one for revision but for extension of appeal deadline—Refusal by Commission to extend deadline appealed to umpire under s. 79—Even if challenge had related to decision of July 13, proceeding pursuant to s. 43 not justified—Act not providing two remedies—Real means of challenging Commission's decision contained in ss. 79 *et seq.*—S. 43 providing for "reconsideration of claim", not offering another option—S. 43 Giving Commission discretionary power to proceed with reconsideration of claim—Power only reviewable for lack or excess of jurisdiction, unfair procedure or discriminatory action—Review not available—Finally, since Act providing remedy (s. 79), not appropriate in case at bar to proceed by *certiorari* and *mandamus*—Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1, ss. 43, 79.

PORTELANCE v. CANADA (EMPLOYMENT AND IMMIGRATION COMMISSION) (T-1765-89, Denault J., order dated 2/4/90, 7 pp.)

RIVERIN v. CANADA (EMPLOYMENT AND IMMIGRATION COMMISSION) (T-1762-89, Denault J., order dated 2/4/90, 9 pp.)

L'HEUREUX v. CANADA (EMPLOYMENT AND IMMIGRATION COMMISSION) (T-1763-89, Denault J., order dated 2/4/90, 9 pp.)

JACOB v. CANADA (EMPLOYMENT AND IMMIGRATION COMMISSION) (T-1764-89, Denault J., order dated 2/4/90, 9 pp.)

HOULE v. CANADA (EMPLOYMENT AND IMMIGRATION COMMISSION) (T-1766-89, Denault J., order dated 2/4/90, 9 pp.)

Appeal from decision under Unemployment Insurance Act—Umpire's intervention justified, as board of Referees not taking contradictory documentary evidence in record into account—Umpire authorized to conclude record accurately and fully

UNEMPLOYMENT INSURANCE—Continued

reporting all relevant passages of evidence, as other evidence not introduced.

LÉPINE v. CANADA (EMPLOYMENT AND IMMIGRATION COMMISSION) (A-78-89, Pratte J.A., judgment dated 16/2/90, 3 pp.)

Applications to set aside Umpire's decision "leave pay" and "leave days" under collective agreement interchangeable notions—Applicants working greater number of hours, days or shifts than normal full-time employee—Laid-off and filed for unemployment insurance benefits—Commission suspending payment of benefits based on allocation of unused, but accrued leave days—Collective agreements entitling applicants to leave days based on number of days worked—Also earning leave pay for each working hour in working week for which leave entitlement credited (although provision revoked and subsequently total hourly pay including leave pay)—Normally leave pay paid at end of each month and leave continuing to accrue, but payment could be deferred—Board of Referees upholding Commission's allocation of leave days—Umpire holding leave pay and leave days interchangeable—Under Unemployment Insurance Regulations, s. 37(3) when lay-off occurring when employee entitled to period off work, interruption of earnings taking place at end of that period—Interruption of earnings including lay-off—S. 42(4) providing person entitled to period off work because normally works greater number of hours than full-time employee, deemed to have worked full working week during each week falling within that period—Applications allowed—Ss. 37(3) and 42(4) clear and unambiguous that where, under employment contract person is owed, on last day of performing work, additional periods of time off, such time

UNEMPLOYMENT INSURANCE—Concluded

allocated to that period following last day of work—Not introducing consideration of entitlement and receipt of earnings—Umpire erred in law in holding leave pay and leave time interchangeable—Erred in law by allowing entitlement to and allocations of leave pay credits under collective agreement to determine how leave time ought to be allocated under ss. 37(3) and 42(4)—Leave pay provisions of collective agreements irrelevant for purpose of applying ss. 37(3) and 42(4)—Unemployment Insurance Regulations, C.R.C., c. 1576, ss. 37(3), 42(4).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. KELLY (A-106-89, Desjardins J.A., judgment dated 29/6/90, 30 pp.)

VETERANS

S. 28 application to review and set aside Veterans Appeal Board's decision refusing application for pension benefits in respect of alleged disability due to incidence of glaucoma—Pension benefits would be payable to applicant if glaucoma condition attributable to or incurred during military service in Korea—Board erred in ignoring expert evidence to effect one could not rule out possibility of damage to optic disc could have commenced as early as 1945 or 1950—Furthermore, incorrect for Board to conclude no evidence suggesting applicant's glaucoma incurred during Korean war period—Board erred in law in failing to draw from evidence every reasonable inference in favour of applicant as required by Act—Application allowed.

FILLMORE v. CANADA (VETERANS APPEAL BOARD) (A-273-89, Heald J.A., judgment dated 5/6/90, 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.

ARMED FORCES

Application for *certiorari* based on s. 18 to set aside decision of Governor in Council affirming decision of commanding officer under National Defence Act, s. 119, stating applicant released from Canadian Armed Forces as of October 9, 1985—Well established Her Majesty assumes no contractual obligation to soldiers and they have no remedy in civilian courts regarding their hiring by Armed Forces—National Defence Act governs status, rights and prerogatives of members of Armed Forces and provides procedure to settle grievances by reference to higher military authority—As civilian court Federal Court therefore devoid of superintending and reforming power in this area—Additionally, no breach of rules of natural justice shown at any grievance level—Application accordingly dismissed.

LEVESQUE V. CANADA (T-2390-90, Dubé J., order dated 14/9/90, 3 pp.)

CROWN

CONTRACTS

Action for recovery of \$479,960 for unjust enrichment; declaration operating agreement for operation of Crown-owned marina at Oshawa Harbour be rectified to alter termination date and other provisions; and, in the alternative, for damages of \$1,200,000—Negotiations with Oshawa Harbour Commission for operating agreement—Lease, licence, sale contemplated—Sale to Commission of plaintiff's fixtures and chattels in marina—Operating agreement signed for 3-year term, renewable for another 3-year term on terms and conditions to be determined by Commission—Negotiations ended in failure and relationship between plaintiff and Commission ended—Evidence not indicating presence of necessary conditions for rectification—No evidence of common understanding—No *animus contrahendi* established—Claim for damages dismissed as Commission did not act unreasonably in circumstances—Claim for unjust enrichment also dismissed as plaintiff failed to prove fair market value of assets sold when agreement executed—Furthermore, enrichment not unjust: recovery not available where enrichment occurred pursuant to enforceable contract fully performed and where validity thereof not attacked on basis of fraud, mistake or duress and where contract not

CROWN—Continued

open to rectification—Doubts as to reliability of some of plaintiff's evidence—Action dismissed.

ONTARIO CRUISEMARINE LTD. V. CANADA (T-2181-85, Strayer J., judgment dated 10/7/90, 41 pp.)

Two-year maintenance and service agreement for \$55,670—Whether plaintiff liable for cost of replacement parts in amount of \$40,802.03—Breakdown of parts not due to fault of plaintiff—First tenderer withdrawing after becoming aware at meeting responsible for replacing defective equipment at own cost—Action dismissed—Terms of contract not ambiguous therefore art. 1013 Civil Code of Lower Canada not applicable as aid to interpretation—Contract clearly indicating costs of all replacement parts and relative materials included in contract as responsibility of plaintiff—On evidence plaintiff understanding as part of obligations plaintiff's responsibility for cost of replacing any parts becoming defective while maintenance agreement in effect—Defendant explaining contract clause by clause, giving plaintiff list of parts to have available in case of breakdown—Plaintiff supplying additional insurance coverage at request of defendant to cover replacement costs—Insurance only covering replacement cost of parts if damaged by plaintiff.

AV-TECH INC. V. CANADA (T-67-86, Teitelbaum J., judgment dated 15/6/90, 29 pp.)

TORTS

Occupier's liability—Action for damages to compensate plaintiffs for loss and damage sustained by 17-year old plaintiff in motocross bike accident in June 1985, making plaintiff paraplegic—Accident occurred on virtually vacant land owned by Crown adjacent to Vancouver International Airport—Issue liability only—On preliminary matter, Crown was not prejudiced in receiving notice of claim out of time since Airport duty manager and RCMP had attended at accident scene—Crown not liable—Motocross dangerous sport—Plaintiff should have been aware other motocross riders on circuit—Plaintiff failed to ascertain direction of travel of other bikers and collided head-on with other bike at blind jump—Made careless assumption about direction of driving without verification—Plaintiff very familiar with race circuit and jump—Aware practice events normally organized with marshalls and spotters—Did not have to take blind jump—Assumed jump was clear and took chance—Much like automobile driving in oncoming traffic lane on combined blind hill and curve—Plaintiff's negligence very

CROWN—Concluded

great—Crown occupier of land within meaning of Crown Liability Act, s. 5(1)(b), therefore, subject to liability under B.C. Occupier's Liability Act—However, Crown not liable here as B.C. statutes provides occupier having no duty of care to person in respect of risks willingly accepted by person at own risks as plaintiff herein—Risk resulting from plaintiff's activity, not from feature of Crown property—Action dismissed—Crown Liability Act, R.S.C. 1970, c. C-38, ss. 3(1)(b), 5(1)(b).

PLATTS V. CANADA (T-2653-85, Muldoon J., judgment dated 27/7/90, 36 pp.)

Negligence—Claim for damages for injury to eyes sustained by inmate at Kingston's Prison for Women when liquid "stripper" splashed into eyes—Doctors initially thought plaintiff blinded but recovery complete in about 60 days—Plaintiff exaggerated severity and duration of injury—Damages set at \$1,800—Plaintiff's description of jug containing "stripper" and accident conflicted with guards'—Guards' evidence preferred—Injury caused solely by plaintiff's inadvertence in accidentally hitting or kicking janitorial-type pail containing liquid "stripper"—No negligence on part of defendant, her servants or agents—Action dismissed with costs.

CÔTÉ V. CANADA (T-1052-87, Martin J., judgment dated 3/10/90, 8 pp.)

CUSTOMS AND EXCISE**EXCISE TAX ACT**

Appeal from assessment—Excise Tax Act, s. 27 imposing tax on sales of all goods produced or manufactured in Canada payable by manufacturer when goods delivered or property in goods passes—S. 26(7) deeming (1) film processor to be manufacturer (2) goods sold and (3) sale price equal to charge made—Plaintiff in business of film processing, leasing processing equipment and providing management services—West Coast Photography Ltd. in business of taking school pictures—Relying on 1984 ruling West Coast would be designated "small manufacturer" and not be required to apply for licence under Excise Tax Act, s. 31, plaintiff entering into agreement whereby West Coast leasing plaintiff's premises and equipment during night hours—From September to December 1984 West Coast hiring own staff and purchasing own paper and chemicals to process its films—Effective January 1, 1985 West Coast and plaintiff controlled by same person—After January 1, 1985 plaintiff's staff performing work for regular customers and for West Coast at same time although particular employee designated to do West Coast's work—Same materials used in processing, developing and printing—Commencing September 1985 West Coast's work again done during evening shift with three or four employees working exclusively on West Coast's film—West Coast's work supervised and controlled by Symonds, controlling mind of both plaintiff and West Coast—Further to federal sales tax audit, plaintiff assessed for taxes as manufacturer of photographs—Concluding plaintiff's staff exercised significant degree of control over work performed in processing, and charges to West Coast equivalent to charges to other commercial customers—1984 ruling only concerned with rental of used photofinishing equipment—Plaintiff did actual processing for

CUSTOMS AND EXCISE—Concluded

West Coast after January 1, 1985—Prices charged to West Coast were plaintiff's regular prices and could be used as basis for excise tax—Unnecessary for Minister to determine fair price for processing work pursuant to Excise Tax Act, s. 34—As nothing said by Minister's representative inducing plaintiff to alter its position, and no intention to induce plaintiff to alter conduct, defendant not estopped from assessing as it did—Excise Tax Act, R.S.C. 1970, c. E-13, ss. 26(7) (as enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 68, s. 8), 27 (as am. *idem*, s. 10; 1986, c. 9, s. 16), 34.

TRICOLOR PROLAB LTD. V. CANADA (T-703-88, Teitelbaum J., judgment dated 19/7/90, 28 pp.)

ENERGY

Application for order finding National Energy Board in breach of Court order requiring Board to add "toll methodology" to list of issues to be considered in context of TransCanada Pipelines (TCPL) facilities expansion hearings—Board interpreting order as requiring it "to deal with question of appropriate toll methodology in respect of proposed facilities" expansion under consideration in hearings—Applicant arguing issue should have been framed to require Board to consider how costs associated with all of TCPL's facilities ought to be tolled for TCPL's 1991 test year and beyond—Also seeking revised list of specific issues to be decided by Board—Order leaving it to Board to determine issues relevant to proper consideration of toll methodology as related to GH-5-89 hearings—Order not attempting to particularize "specific issues" to be addressed because Board, not Court, having relevant expertise in that regard—Board's interpretation of order not constituting breach giving rise to contempt—Applicant also arguing not accorded full and fair hearing as Board refusing to reopen toll methodology applicable to traffic carried on already certificated facilities—Board's decision not foreclosing discussion and consideration of toll methodologies applicable to already certificated facilities but foreclosing definitive decision to change earlier methodology—Procedure adopted by Board requiring any such definitive decision to be taken only in context of another proceeding in which all parties affected thereby would be given notice—No basis for s. 18 order—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R.R. 355(1), 1906—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.

INDUSTRIAL GAS USERS ASSN. V. CANADA (NATIONAL ENERGY BOARD) (T-2984-89, Reed J., order dated 17/8/90, 14 pp.)

ENVIRONMENT

In s. 18 action for declaration licence issued by Minister of Fisheries and Oceans to Vancouver Public Aquarium Association authorizing capture of three beluga whales invalid, motions for interlocutory injunction restraining Aquarium from catching whales and from transporting whales to Vancouver—Also, motion for *certiorari* against Minister to quash licence and *mandamus* requiring Minister to comply with Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order (EARP) in

ENVIRONMENT—Concluded

respect of application for licence—(1) Whether standing to bring proceedings—In view of *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1986] 2 S.C.R. 607, and subsequent case law, environmental protection bodies herein, Coalition and Lifeforce Foundation, having standing as have genuine interest and as proceedings most reasonable and effective means to bring issue before Court—(2) As to injunction, evidence of issuance for scientific purposes, no irreparable harm if injunction not granted and balance of convenience lies in maintaining status quo—Furthermore, no jurisdiction in Court to authorize injunctive relief against Aquarium and directors thereof—(3) As to *certiorari*, plaintiffs failed to establish licence issued in excess of Minister's jurisdiction and that Minister exceeded power under Fisheries Act, s. 4—Motions dismissed.

INTERNATIONAL WILDLIFE COALITION v. CANADA (MINISTRY OF OCEANS AND FISHERIES) (T-2181-90, Collier J., order dated 10/8/90, 8 pp.)

LIFEFORCE FOUNDATION v. CANADA (MINISTER OF OCEANS AND FISHERIES) (T-2201-90, Collier J., order dated 10/8/90, 8 pp.)

Application for *certiorari* quashing licence granted to Vancouver Public Aquarium authorizing capture of three beluga whales—Environmental Assessment and Review Process Guidelines not requiring separate and distinct initial environmental evaluation on each application for licence under Fisheries Act, s. 4—Evidence not supporting contention Minister failed to consider concerns of public regarding proposal to capture whales—Minister aware of some concerns through activities and correspondence between applicant and Department—Fisheries Act, R.S.C., 1985, c. F-14, s. 4.

LIFEFORCE FOUNDATION v. CANADA (MINISTRY OF OCEANS AND FISHERIES) (T-2201-90, Collier J., order dated 10/8/90, 3 pp.)

EXPROPRIATION

Application for determination respecting state of title to lands being expropriated to establish meteorological station—Located off Red Point Road, Bonavista, Newfoundland—Bill of sale dated November 9, 1940 from William Malloway to Donald Fitzgerald produced, but no instruments registered on title—Respondent and wife occupied lands for over 40 years from date of bill of sale until expropriation—Possession continuous, notorious and exclusive—Fitzgerald's will bequeathing residue of estate to wife—Widow, as beneficiary of Fitzgerald's estate, only person having any right, estate or interest in land—Although only 1,430 square meters out of 1,950 square meters expropriated, value of expropriated portion equivalent to whole parcel—\$2,300 plus simple interest awarded.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. FITZGERALD (T-1133-85, Rouleau J., determination dated 30/8/90, 4 pp.)

FEDERAL COURT JURISDICTION

TRIAL DIVISION

Opposition to seizure in execution of immovables pursuant to Quebec Code of Civil Procedure, following judgment in plaintiffs' favour in action for patent infringement ordering defendants to pay them \$760,000—Opponent, third party not directly concerned in principal action between plaintiffs and defendants, arguing had purchased seized immovables by bulk sale—Plaintiffs asked Court to determine essentially whether has jurisdiction, in giving effect to one of its judgments, to hear opposition to seizure in execution when that objection made by third party and challenged on basis of Quebec civil law—Court has jurisdiction to decide merits of opposition to seizure in execution since occurs in connection with judgment made in action for patent infringement, where Court clearly has jurisdiction—Court's jurisdiction continues in any matter connected with proceeding giving effect to judgment on principal action over which Court has jurisdiction—Court therefore has jurisdiction.

STANDAL ESTATE v. SWECAN INTERNATIONAL LTÉE (T-3509-80, Pinard J., order dated 18/9/90, 7 pp.)

Appeal from order of Senior Prothonotary dismissing motion to strike third party notice filed by defendant on grounds Court without jurisdiction *rationae materiae* in respect of defendant's claim against third party in infringement action—Ss. 8, 55 Trade-marks Act and ss. 20, 26 Federal Court Act meeting test for jurisdiction: *ITO—International Terminal Operators v. Miida Electronics et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 8, 55—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 20, 26.

BAKER CUMMINS PHARMACEUTICALS INC. v. DORMER LABORATORIES INC. (T-275-89, Pinard J., order dated 18/9/90, 5 pp.)

Consent motion by Roadway Services to be added as respondent/defendant—Court lacking jurisdiction to resolve dispute between applicant and proposed respondent—Leave to intervene cannot be granted where not requested—Motion dismissed.

MULTIMODAL INC. v. M.N.R. (T-1679-90, Giles A.S.P., order dated 24/8/90, 2 pp.)

Mandamus—Secretary of State Department has nothing to do with applicant's grievance—Denial of grant under legal challenge program matter for Canadian Social Development Council, private body over which Court has no superintending power—Court has no more power over University of Ottawa Human Rights Research and Education Centre which has replaced Council for purposes of administering program since July 20, 1990—Further, application does not seem to have been treated wrongfully, arbitrarily or unfairly—Council's power over grant applications discretionary—Nothing allowing Court to intervene in exercise of discretion—Application dismissed.

KIBALE v. CANADA (SECRETARY OF STATE DEPARTMENT) (T-2090-90, Joyal J., order dated 24/8/90, 2 pp.)

IMMIGRATION

Application for *mandamus* requiring Minister to return passport—Applicant, citizen of Federal Republic of Germany, entered Canada as visitor with German passport—Sought visitor's extension—At Immigration Office in Vancouver, immigration officer kept passport—Applicant left office without passport, asking friend/interpreter to retrieve passport—Appointment made for three days later—Warrant of arrest for applicant had been issued in F.R.G. as charges of fraud and forgery had been laid—F.R.G. Consulate General in Vancouver had advised Canada Immigration applicant's passport had been cancelled or confiscated—When applied for visitor's extension, applicant unaware of charges against him or of cancellation of passport—At later meeting, applicant told of charges against him, that passport had been handed over to German Consulate and that application for extension refused—Immigration officers had no evidence passport had been or would be improperly used—Passport had not been seized—Breach of duty of fairness: applicant should have been told what information Immigration had and what it proposed to do with it—Applicant deprived of opportunity to make representations to Immigration and to others, including German Consulate—Minister directed to return passport to applicant, even though passport now in hands of German Consulate—Minister not confined to legal means to get passport back; political channels available—Application allowed.

GASSMANN V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T-1559-90, Collier J., order dated 11/7/90, 15 pp.)

S. 18 application for *certiorari* to quash decision of visa officer refusing applicant permanent residence and for *mandamus* to review and proceed—Applicant obtaining 68 of required 70 points under Independent category—No points awarded in French language category—Indicating in application speaking, reading and writing French with difficulty—Not tested—Whether testing required—Whether possibility of additional points allowing applicant to achieve requisite number of units to qualify—Application granted—Officer failing to carry out duty to assess applicant and test second language abilities—Legislation requiring officer apply criteria set out therein and award points based on abilities of applicant—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, Schedule I, Column I, Factor 8.

QUINES V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T-2180-90, Rouleau J., order dated 21/9/90, 4 pp.)

DEPORTATION

Motion for *mandamus* requiring Minister to seek return of applicant from U.S.—Applicant, Guatemalan national, arriving in Canada from U.S. where outstanding deportation order, effect of which to return him to Guatemala—Prior to further hearing before Convention Refugee Determination Division of Immigration and Refugee Board, and upon advice of counsel who became aware of conflict of evidence given before U.S. immigration tribunal and Canadian Board, applicant withdrew Convention refugee application—Authorities indicating to counsel usual delay of two weeks before deportation order executed, although no undertaking to that effect—Applicant

IMMIGRATION—Continued

removed to U.S. sooner than expected—No duty on Minister or officials to explain consequences of withdrawal of Convention refugee status claim—Motion dismissed.

JUAREZ V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T-1062-90, Collier J., order dated 12/7/90, 4 pp.)

Appeal from Immigration Appeal Board dismissing appeal from deportation order following conviction for unlawful killing of wife—Issue: whether Board erred in law in declining to exercise power to suspend execution of deportation order on ground, having regard to all circumstances of case, appellant should not be removed from Canada—Board failed to consider second psychological assessment, relying heavily on first—Failure constituting error of law—Board also considered negatively fact despite 30 years of residence in Canada appellant never applied for Canadian citizenship—Again Board erred in law in ignoring relevant evidence as failed to consider reasonableness of explanation appellant believed father's application made when appellant still child valid for whole family—Board also seems to have misread experts' reports—Appeal allowed.

MUEHLFELLNER V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-72-89, Desjardins J.A., judgment dated 7/9/90, 8 pp.)

PRACTICE

Right to counsel—Application to set aside decision on credible basis claim—Departmental official breaching undertaking to notify counsel of new hearing date, resulting in applicant's counsel's failure to appear—Right to counsel not waived when applicant replied to question whether desired counsel, "At this stage, no"—No explanation of full nature of inquiry or consequences given—Applicant denied right to representation by counsel pursuant to Immigration Act, s. 30(1)—Application allowed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 30(1) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 9)—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.

MASHININI V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-523-89, Iacobucci C.J., judgment dated 13/9/90, 2 pp.)

Application to terminate appeal proceedings—Appellant said he was Somali national and claimed refugee status on arrival in Canada on July 19, 1989—Claim rejected and on June 7, 1990 appellant obtained leave to appeal—On same day signed solemn declaration admitting was citizen of Djibouti, not Somali citizen, and had not told truth on arrival in Canada—Respondent succeeded in showing beyond all doubt appellant's appeal clearly invalid and so vitiated by bad faith—Appeal quashed.

ABAR V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-523-90, Hugessen J.A., judgment dated 10/9/90, 3 pp.)

IMMIGRATION—Concluded**REFUGEE STATUS**

S. 28 application to review unfavourable determination at credible basis hearing—Tribunal did not make adverse finding of credibility and purported to find applicant's fear of persecution in China not objectively well-founded—Wrong test applied—Role of tribunal under Act s. 46.01(6) limited to determining existence of credible or trustworthy evidence upon which Refugee Division might find applicant to be Convention refugee—Application allowed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 46.01(6) (as added by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14).

LEUNG V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-480-89, Hugessen J.A., judgment dated 4/10/90, 4 pp.)

S. 28 application attacking decision of Adjudicator and member of Convention Refugee Determination Division applicant's claim to refugee status lacked credible basis—Applicant considered economic migrant rather than *bona fide* refugee—Refugee Division might conclude on evidence, none of which found to be not credible or untrustworthy, applicant Convention refugee—In dealing with matter as it did, panel exceeded mandate under Immigration Act, s. 46.01(6) and usurped function of Refugee Division to which claim ought to have been referred—Application allowed, exclusion order set aside and matter remitted to adjudicator for resumption of inquiry and disposition not inconsistent with reasons herein—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 46.01(6) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14).

VELASQUEZ V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-29-90, Mahoney J.A., judgment dated 5/9/90, 3 pp.)

S. 28 application to review Adjudicator and Member of Refugee Division finding no credible basis for claim—Case presenting officer failed to express opinion claimant had credible basis for claim—Adjudicator and member of Refugee Division not bound to determine applicant had credible basis for claim—Application dismissed.

CHEUNG V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-100-90, Pratte J.A., judgment dated 1/10/90, 1 pp.)

INCOME TAX

Appeal against reassessments for taxation years ending March 31 and December 31, 1980—Issue whether Minister should have assessed plaintiff on basis deemed reduction, equal to investment tax credit claimed by plaintiff, in capital cost of certain depreciable property, should only be regarded as taking place in taxation year in respect of which investment tax credit was deducted from income (M.N.R.'s position) or on basis it can be regarded as taking place in year during which return for previous taxation year (in respect of which investment tax credit claimed) actually prepared and submitted (plaintiff's position)—Reduction in capital cost must occur in year in respect of which investment tax credit utilized—Such interpretation permissible from language employed and more consistent

INCOME TAX—Continued

with calculation of income and expenses on normal accrual basis—Appeal dismissed.

PRINCE ALBERT PULP CO. V. CANADA (T-1986-86, Strayer J., judgment dated 7/9/90, 5 pp.)

Appeal by estate of deceased taxpayer from 1980 tax reassessment whereby M.N.R. determined damages awards of \$2,247,500 and \$200,000 against deceased as result of lawsuit did not form part of adjusted cost base of certain shares of stock—Liability under Alberta Securities Act for insider trading as deceased bought back 310,000 shares from ex-employee at \$7 per share after having entered into agreement, without telling ex-employee, to sell at \$15.50 in connection with takeover bid—Damages awards did not form part of adjusted cost base of shares—Awards cannot properly be considered part of "cost to taxpayer" of shares as title to shares not in issue in lawsuit—Plaintiffs therein sought damages only, made no claim for specific performance—Appeal dismissed.

BODRUG ESTATE V. CANADA (T-607-87, McNair J., judgment dated 6/9/90, 12 pp.)

S. 28 application to set aside Tax Court decision refusing, on interlocutory application, to vacate summarily, on Charter grounds, income tax assessments subject of appeal—As application not preliminary determination foreclosing raising of same issues when appeal heard, clearly interlocutory decision which Court without jurisdiction to entertain under s. 28—Application dismissed.

RAHEY V. M.N.R. (A-558-89, Mahoney J.A., judgment dated 6/9/90, 2 pp.)

On application for order authorizing collection action pursuant to Income Tax Act, s. 225.2, only question to be considered was whether, on basis of material before Court, Minister had reasonable grounds to believe taxpayer would waste, liquidate or transfer assets so as to become less able to pay amount assessed, thereby jeopardizing Minister's debt—On affirmative answer to question, Trial Judge required to grant application—As Trial Judge failed to address proper question, order set aside—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 225.2 (as enacted by S.C. 1985, c. 45, s. 116; as am. by S.C. 1988, c. 55, s. 116).

CANADA V. GOLBECK (A-613-90, A-614-90, Marceau J.A., judgment dated 20/9/90, 2 pp.)

INCOME CALCULATION

Transfer of capital losses—Interpretation of Act, s. 39(1)(c)(v) and how it relates to Act, s. 85(4)—Review of legislative history—Transfers of capital losses between members of controlled group of corporations—Control of plaintiff corporation acquired by person who also controlled indirectly Sunburst Industries Ltd. and Quasar Helicopters Ltd.—Quasar held Sunburst shares carrying adjusted cost base of \$7,385,255—Plaintiff purchased Sunburst shares from Quasar for \$950 and sold shares to arm's length purchaser for \$950—Parties agree plaintiff's adjusted cost base of shares was \$7,385,255 and entitled to claim loss of \$7,385,255—Issue

INCOME TAX—Continued

whether loss business investment loss or ordinary capital loss—Act, s. 85(4) not applicable to present transaction—Limitation in Act, s. 39(1)(c)(v) having nothing to do with prevention of transfers of business investment losses as between members of controlled group—Business investment losses created to benefit small and medium-sized Canadian corporations—Consonant with such purpose that business investment losses should be transferable between members of controlled group—Action allowed, loss business investment loss—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 38 (as am. by S.C. 1977-78, c. 42, s. 2), 39(1)(c)(v) (as am. by S.C. 1977-78, c. 42, s. 3; 1979, c. 5, s. 11(1); 1980-81-82-83, c. 48, s. 16(2)), 40(2)(e), 53(1)(f.1) (as enacted by S.C. 1977-78, c. 1, s. 21(3)), 85(4) (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 48(5)), 248(1).

REESON INVESTMENTS LTD. v. CANADA (T-724-89, Reed J., judgment dated 15/6/90, 14 pp.)

Deductions

Action appealing Tax Court of Canada decision upholding Minister's assessment disallowing as deduction rent for personal residence in 1983—Plaintiff, B.C. resident, temporarily posted to Calgary in 1982—Plaintiff advised Calgary posting would be permanent in December, 1982—Out-of-town living allowance discontinued—Plaintiff quit employment after pension established—Plaintiff kept two residences: house in B.C. and apartment in Calgary—Action dismissed—Plaintiff does not meet Act, s. 8(1)(h) requirements and rent cannot be deducted as business expense—Rent personal living expense for which no deductions are permitted under Act—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 8(1)(h).

DOUGLAS v. M.N.R. (T-6-87, Cullen J., judgment dated 2/10/90, 6 pp.)

Income or Capital Gain

Appeal from Tax Court decision upholding Minister's reassessment proceeds of sale of hotels business income rather than capital gains—Between 1972 and 1980, company controlled by Mr. Alessio, chief shareholder and directing mind of plaintiff, purchasing eight hotels—Between 1974 and 1983 seven sales—King Edward Hotel purchased in 1974 for \$467,150 and sold in 1978 for \$1,050,000—Alessio sold home to finance purchase—After one year bought out partner—Alessio, wife and two sons worked at hotel for four years—Reason for sale: tired and wanted out of business—Moved to Victoria because of wife's health—Purchased another hotel as hotel business "in his blood"—Westwind Hotel purchased in 1979 for \$2,150,000 and sold in 1980 for \$2,450,000—Whether hotels acquired for purpose of operating them as family business or for gain on resale—Alessio's credibility found lacking—Number of transactions indicating Alessio wanted to buy hotel, renovate, build up revenue and sell as profitably and as quickly as possible—Supported by sale of one hotel for \$75,000 profit before began operating and Alessio's evidence those in beer-parlour-type-hotel business go from one hotel to next looking for other

INCOME TAX—Continued

hotels—Intention to purchase as investment—Appeal dismissed.

KING EDWARD HOTEL (CALGARY) LTD. v. M.N.R. (T-436-85, Teitelbaum J., judgment dated 24/7/90, 19 pp.)

Appeals from Tax Court decision dismissing plaintiffs' appeals from assessments and reassessments for taxation years 1980, 1981, 1982—Financial analyst buying and selling securities for plaintiff—Majority of shares held under six months—Mostly shares of resource companies paying little or no dividends—Financial analyst stating intention to invest in securities paying dividends and having underlying value—Testifying purchasing shares pursuant to rumoured take-over and expecting to make profit—Intention of person deciding to buy and sell is plaintiff's intention—Purchase and sale of securities by plaintiff found to be activities in nature of trade—Type of security purchased and sold indicating purchase not for investment but for dealing in shares as trader ordinarily does when purchasing because of rumours in market—Statement of intention not determinative of existence of stated intention—Evidence indicating plaintiff's sole motivation quick profit—If share purchased because of rumoured take-over, reason was profit or increase in value of share in short period of time—Shares not sold for underlying value but because company satisfied with profit.

FOREST LANE HOLDINGS LTD. v. M.N.R. (T-752-87, Teitelbaum J., judgment dated 16/8/90, 26 pp.)

Whether \$300,000 paid by Outboard Marine Corporation of Canada Ltd. upon termination of distributorship agreement with plaintiff income or capital payment—Plaintiff thereby did not lose its dealer network but simply stopped supplying network with one of several lines of products in respect of which represented manufacturer—Amount paid herein compensation for loss of income—Termination of distributorship agreement cannot be said to have materially crippled or destroyed whole structure of plaintiff's profit-making apparatus or had effect of sterilizing capital asset—Appeal dismissed.

CHARLES R. BELL LTD. v. CANADA (T-451-88, Martin J., judgment dated 28/8/90, 10 pp.)

NON-RESIDENTS

1984 taxation year—Action pursuant to Canada-U.K. Income Tax Convention, Art. 15 to invalidate assessment taxing profits from realization of share purchase option rights and to have earnings received as director taxed in proportion to days worked in Canada—Stock option agreement with Alcan Aluminum Ltd. concluded in Canada in 1981, option exercised in England in 1984 when taxpayer no longer resident of Canada but of England—\$125,212.50 profit, less \$35,547.83 deducted by employer for federal income tax—In 1984, taxpayer spent 57 days in Canada—For duties as director, taxpayer received \$25,000 less tax deduction of \$3,750—MNR included 50% of salary in 1984 income, not 57/366 of \$25,000—(1) Stock options: issue whether sum of \$125,212.50 from realization of option rights "salaries, wages and other remuneration" within meaning of Convention, Art. 15(1) or benefit within meaning of Income Tax Act, s. 7(1)(b)—Sum resulting from realizing

INCOME TAX—Concluded

share purchase option rights benefit associated with employment: *Hurd v. R.*, [1982] 1 F.C. 554 (C.A.)—"Salaries, wages and other remuneration" unavoidably correspond to sum of money received in return for provision of services—Further, under Act, s. 7(4), taxpayer deemed to be still employee of Alcan for purposes of applying s. 7(1)(b)—Deduction of \$35,547.83 therefore valid—(2) Earnings as director—Under Act, s. 115(2)(d) taxpayer deemed to have performed duties as director in Canada—Presumption not rebutted—Deduction of \$3,750 also valid—Action dismissed on both issues—Canada-United Kingdom Income Tax Convention, S.C. 1980-81-82-83, c. 44, Sch. X, Art. 15(1)—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 2, 7(1)(b) (as am. by S.C. 1977-78, c. 1, s. 3(1)), (4), 115(2) (as am. by S.C. 1973-74, c. 14, s. 37(2),(3); 1974-75-76, c. 26, s. 74(6); 1977-78, c. 1, s. 56(2)), 248.

HALE v. CANADA (T-2770-86, Rouleau J., judgment dated 23/7/90, 21 pp.)

PRACTICE

Demands for information—Motion for order quashing or setting aside M.N.R.'s demands for information and prohibiting M.N.R. from enforcing claims for information—RCMP seized money on basis offence(s) under Narcotics Control Act may have been committed—No charges laid but investigation of Criminal Code and Narcotics Control Act offences ongoing—Five separate demands for information served relating to administration or enforcement of Income Tax Act and seizure—No dispute with respect to four demands to be met in 60 days—Dispute with respect to demand required to be met in 10 days—Liable to prosecution without further notification for failure to comply with demand by way of fine or fine and imprisonment—No evidence of irreparable harm to Crown if time to reply extended—Extension granted allowing 60 days from date of receipt of notice—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 238(1) (as am. by S.C. 1988, c. 55, s. 181; 1990, c. 35, s. 25).

LICHT v. M.N.R. (T-2483-90, Cullen J., order dated 17/9/90, 3 pp.)

JUDICIAL REVIEW

Exercise of statutory discretion—Action for damages resulting from defendant's delay in issuing plaintiff import permit under s. 8 Export and Import Permits Act—Plaintiff requiring permit to sell imported knitted sweaters to retailers—Creating high fashion garments—Nature of business seasonal and timing critical—Complete change in style of products at end of each season—Contracting with usual Hong Kong company in spring of 1986 to produce all knitted goods required for 1987 spring/summer collection—Hong Kong company subcontracting to Chinese company—Goods arriving in Montréal January 5, 1987—Permit refused as restraint level on quota for sweaters pursuant to export-import agreement between Canada and Peoples Republic of China surpassed—Plaintiff advising External Affairs—Special Trade Relations Bureau negotiating with Chinese authorities to solve problem of continuing overshipments—

JUDICIAL REVIEW—Continued

Import permit issued to plaintiff February 6, 1987—Plaintiff alleging cancellations and requests for discounts by customers because of delays—Contention no repeat orders received since selling season almost over by time first shipment arriving—Alleging refusal to issue import permit contrary to law and without colour of right and suffering damages as direct result thereof—Crucial question: In what circumstances and to what extent will courts review merits of exercise of statutory discretion not made subject to appeal by legislation nor limited by express provisions?—Action dismissed—Case law, to effect s. 8 conferring on Minister discretionary authority to issue permits—Not creating duty to issue upon fulfilment of certain conditions: *Maple Lodge Farms v. R.*, [1981] 1 F.C. 500 (C.A.), affd [1982] 2 S.C.R. 4—No evidence defendant improperly exercising discretion under s. 8 of Act—No evidence of bad faith, malice, fraud or negligence—Extent of review of exercise of discretionary power entirely dependant on statute involved and on policy and objects of Act: *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997 (H.L.)—Policy of Export and Import Permits Act to allow government to exercise control over importation of textiles and textile products to protect Canadian textile industry and to implement agreement with exporting countries to control quantity of goods exported—Policy of refusing to issue import permits where restraint level reached in keeping with policy and objects of Act—Moreover defendant making every effort to help plaintiff—Plaintiff having considerable experience in importing—No evidence of damages—Export and Import Permits Act, R.S.C. 1970, c. E-17, s. 8 (as am. by S.C. 1984, c. 25, s. 105).

PRÊT-À-PORTER ORLY LTD. v. CANADA (T-131-88, Rouleau J., judgment dated 14/6/90, 12 pp.)

PREROGATIVE WRITS

Certiorari

Application for *certiorari* to quash Hong Kong visa officer's decision rejecting permanent residence application and for *mandamus* directing reconsideration of application—In response to inquiry at Hong Kong offices of Commission for Canada October 13, 1987 re: application procedure for permanent residence in Canada, applicant told to complete questionnaire ("PAQ") before completing application form ("IMM8")—Not told IMM8 could be obtained directly without first completing PAQ—Completed PAQ submitted October 16, 1987—IMM8 received October 28, 1987—IMM8 completed and returned with required fee November 16, 1987—Application assessed in preliminary paper screening stage March 14, 1988—Minimum of 70 units of assessment required for immigration including up to 10 units for occupational demand—Applicant awarded 59 units at paper screening stage, including 1 unit for occupational demand—65 units awarded following April 7, 1989 interview—Applicant advised application rejected primarily because occupational units to be allowed had decreased from 10 units to 1 unit 4 days before IMM8 submitted—Likely applicant would have been awarded 70 units had units for occupational category not changed—Reconsideration of application following interview—Decision unchanged—Issues: (1) application date; (2) assessment date; (3) fairness of

JUDICIAL REVIEW—Concluded

application process—(1) No duty on Commission staff to inform applicant of option to obtain IMM8 rather than PAQ—Officials acted in good faith in carrying out Departmental policies—Proper exercise of discretion in deeming application date that completed IMM8 and fee submitted—No error of law in treating November 6, 1987 as application date—(2) When application submitted, assessment date considered date of paper screening—As of June, 1988, assessment effective at application date for applications received before November 3, 1987—(3) No duty of fairness breached—Mere speculation applicant would have submitted completed IMM8 and fee before November 2, 1987 change in occupational demand units had he been given IMM8 on October 13, 1987—Officer did not err in law or act beyond scope of discretion—No evidence of unfairness from initial inquiry through review of decision—Application dismissed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 9—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172.

CHOI v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T-328-90, MacKay J., order dated 27/9/90, 22 pp.)

MARITIME LAW

CONTRACTS

Application for order referring to marine surveyor issue of whether defendant vessel in deliverable condition and for order providing directions as to care and custody of vessel from date becomes deliverable pursuant to judgment of Walsh J. to date of hearing of appeal—Sea trial allegedly revealing undeliverable state of vessel—Dispute as to seriousness of deficiencies—Evidence disclosing reluctant purchaser, hoping for success in appeal and not prepared to accept at face value procedure outlined in trial judgment—Marine surveyor not needed as referee—Vessel ready to be tendered pursuant to trial judgment—May be tendered forthwith if necessary parts, acknowledged by defendant, installed—Plaintiff to decide where and how vessel to be kept pending appeal—Plaintiff to post \$30,000 security forthwith.

CASDEN v. COOPER ENTERPRISES LTD. (T-442-88, Cullen J., order dated 26/9/90, 6 pp.)

Motion by second defendant *Avalon Voyager* to strike statement of claim on grounds no reasonable cause of action, frivolous and abuse of process—Plaintiff claims for materials supplied to and on behalf of *Avalon Voyager* allegedly at request of fourth defendant—Defendant alleging had no dealings with plaintiff and did not order or authorize anybody to order any goods from plaintiff, therefore, no cause of action *in personam* against owner whereby *Avalon Voyager* could be rendered liable *in rem*—Necessaries case of *Judge & Sons v. The Ship John Irwin* (1911), 14 Ex.C.R. 20 regarded as virtually worthless—Nothing plain and obvious about applicant's assertions to strike out statement of claim—Any claim arising out of contract relating to construction, repair or equipping of ship question to be resolved only upon thorough examination of facts of case—Motion dismissed.

CRANE CANADA INC. v. GOLDEN PRINCESS (THE) (T-1426-90, Muldoon J., order dated 17/9/90, 8 pp.)

PAROLE

Sentence administration—Declaration sought 12-month concurrent sentence concurrent to two earlier six-year and six-month consecutive sentences—Six-year sentence imposed February 10, 1984 (“first sentence”)—Released on day parole July 2, 1986 and full parole January 3, 1987—Parole suspended September 7, 1988 and plaintiff imprisoned September 27, 1988—Six month consecutive total sentence imposed December 1, 1988 (“second sentence”)—Twelve-month total sentence imposed February 21, 1989 (“third sentence”)—Although third sentence not expressly stated to be concurrent with earlier sentences being served, general principle of criminal law unless judge specifically orders sentence to be consecutive, it should be concurrent—Question remains: concurrent with what?—Parole Act, s. 20(1.1): service of first sentence interrupted until second sentence expired—S. 20(1.2)(a): merger of second and third sentences—S. 20(1.3): third sentence deemed concurrent with second sentence—Ss. 20(1.4) and (1.6): total of unexpired portion of first sentence and merged second and third sentences to be served—Action dismissed—Following revocation of parole, remainder of first sentence required to be served after completion of merged second and third sentences—Parole Act, R.S.C., 1985, c. P-2, ss. 20(1),(1.1),(1.2),(1.3),(1.4),(1.5),(1.6) (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 35, s. 9).

JONES v. CANADA (T-218-90, Strayer J., judgment dated 21/9/90, 8 pp.)

S. 18 application for *certiorari* quashing National Parole Board decision revoking applicant's mandatory supervision and earned remission—Parole revoked for failure to abide by parole condition to abstain from use of intoxicants and for suspected reinvolvement in criminal activity as applicant, while on parole, arrested and charged with possession of stolen property, break and enter, unlawful confinement and assault causing bodily harm—Notification of revocation, prior to hearing, mentioning suspected reinvolvement in criminal activity but giving “breach of condition” concerning alcohol as reason—Applicant expected charges to be withdrawn and applied for postponement of review hearing pending determination of outstanding criminal charges—Postponement application denied—Board revoked parole primarily on basis of criminal charges—Charges later withdrawn—Applicant requested Board re-examine decision—Revocation reaffirmed on basis of alcohol abuse and, even though charges withdrawn, as “conduct of yourself and your companions on the night in question must be regarded with concern”—Applicant not made sufficiently aware of focus of Board's concerns prior to hearing and Board breached principles of natural justice guaranteed by Charter, s. 7 by imposing onerous penalty on basis of outstanding criminal charges later withdrawn—*Certiorari* granted.

CARDINAL v. CANADA (NATIONAL PAROLE BOARD) (T-2146-90, Rouleau J., order dated 19/9/90, 7 pp.)

Application for *certiorari* to quash Parole Board decision revoking plaintiff's day parole without recredit of remission—Day parole revoked after plaintiff arrested and charged with armed robbery while on day parole—No mistake of law as to Board member's understanding of criminal process—No basis to support allegation of reasonable apprehension of bias as counsel did not press allegation of bias based on alleged biased

PAROLE—Concluded

remark of Board member and indicated readiness to move along—No basis to support allegation plaintiff denied sufficient time to present case to Board—Board had discretion to either terminate day parole or revoke it and take away all, some or none of the remission credits—Termination interpreted as applicable where day parole terminated through no fault of individual—Termination entailing no loss of remission credits—As Board looking at privilege given to inmate, appropriate and within jurisdiction of Board to consider outstanding charges against plaintiff and police reports recommending charges even though charges had not been laid at time of hearing—Application dismissed.

FAULKNER v. CANADA (NATIONAL PAROLE BOARD)
(T-2153-90, Cullen J., order dated 26/9/90, 8 pp.)

PENITENTIARIES

Inmate of Dorchester Penitentiary applying under Federal Court Act, s. 18 for *mandamus* to compel respondents to supply proper recreational clothing and footwear to inmates of Correctional Service of Canada or to allow applicant to use monies held in trust by institution—Request for special (orthopaedically adjusted) running shoes for weight training—Institution fulfilled duty to provide recreational clothing and footwear—Special footwear available from institution, although process slow—Court suggesting range of recreational clothing and equipment be expanded to meet interests of inmates in individual activities of physical recreation—*Mandamus* with respect to monies held in trust unwarranted as applicant had been allowed transfers exceeding Regional Instruction limit of \$100 in four-month period—Regional Instruction nothing more than guidelines—Applicant's requests for access to funds must be considered on merits and Regional Instruction limit may not be considered as limitation established by law—Application dismissed.

ALLAN v. CANADA (COMMISSIONER OF CORRECTIONS)
(T-842-89, MacKay J., order dated 25/9/90, 12 pp.)

Transfers—Plaintiff, inmate at federal Donnacona Institution, challenged transfers made of him since November 25, 1987—Plaintiff alleged breach of duty to act fairly—Application dismissed—All steps specified by Penitentiary Act taken—Imposition of civil or administrative penalties not basis for pleading Canadian Charter of Rights and Freedoms s. 11(h) protection against double jeopardy.

LAROCHELLE v. CANADA (T-2796-89, Rouleau J., order dated 24/9/90, 5 pp.)

PRACTICE**CONTEMPT OF COURT**

Interlocutory injunction ordering Ashby not to deal with clothing carrying "Hugo Boss" trade mark—As Ashby not complying with order to notify Court within two weeks of desire to adduce evidence responding to evidence adduced at hearing,

PRACTICE—Continued

on basis of record as stood, offence committed in breach of interlocutory injunction found to be contempt—Fined \$5,000.

HUGO BOSS A.G. v. SUDSY'S ENTERPRISES INC.
(T-997-88, Reed J., order dated 20/7/90, 1 p.)

COSTS

Taxation of respondent's costs pursuant to order (T-1641-89, Rouleau J., order dated 24/1/90) dismissing appeal from decision of Trade-marks Opposition Board rejecting appellant's opposition to proposed registration of trademark "Dome" by respondent—Bill of costs presented at \$3,001.14 allowed and taxed at \$2,220.94—Preparation of reply to notice of appeal claimed under s. 1(1)(g) Tariff B not warranting discretionary increase—Claim more appropriately made under s. 1(1)(a) as matter initiated by notice of appeal and not by originating notice of motion—Claim pursuant to s. 1(1)(f) of Tariff B not allowed—Order fixing time and place including no order as to costs—Under new R. 344(1) silence in judgment resulting in no costs awarded to any party—Claim for expert witness reasonable—Claim for translation costs of notice of appeal and affidavits disallowed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, Tariff B, s. 1(1)(a),(f),(g) (as am. by SOR/87-221, s. 8).

BÉNÉDICTINE DISTILLERIE DE LA LIQUEUR DE
L'ANCIENNE ABBAYE DE FÉCAMP v. JOHN LABATT LTÉE
(T-1641-89, Cousineau T.O., taxation dated 5/9/90, 5 pp.)

Taxation on solicitor and client basis of respondent's bill of costs—Crown consenting to bill of costs as presented—234.6 hours spent reviewing trial material, transcripts, Appeal Books and to prepare respondent's factum supported by mass of evidence requiring scrutiny—Work done by word processor operators deducted as case law establishing only lawyer's fees to be included as costs to be taxed, despite attempt to distinguish circumstances due to distinct accounting procedures—Bill of costs presented at \$57,613.52 and allowed at \$56,173.52.

ATLANTIC WAREHOUSES LTD. v. CANADA (A-576-85,
Pilon T.O., taxation dated 1/8/90, 3 pp.)

Party and party—Costs in both Divisions to appellants (defendants) in patent infringement action awarded on appeal dismissing respondents' (plaintiffs') actions—Actions heard together on common evidence—Bill of costs presented by appellants taxed and allowed in following amounts: \$9,232.76; \$2,300; \$2,300—Certain items allowed on consent—Others taxed off for lack of evidence—No duplication of costs—Taxing officer bound, by discretion exercised pursuant to R. 344, by Court of Appeal's individual awards of costs—Maximum fees for preparation and attendance at hearing justified under R. 346(1.1)—Claim for preparation of notice of appeal under Tariff B, s. 1(1)(g) disallowed as item (g) pertaining to originating notice of motion—Taxing officer exercising discretion in assessing disbursements for photocopies under Tariff B s. 3—Costs of producing appeal books allowed—Parties consenting to motion for leave to prepare and Court approving of proposal for contents—When Court awarding appellants' costs no qualification regarding unusual step of making up appeal books stated in judgments—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 344 (as

PRACTICE—Continued

am. by SOR/87-211, s. 2), 346 (1.1) (as enacted *idem*, s. 3), Tariff B (as am. *idem*, s. 8), ss. 1(1)(g), 3.

ELI LILLY AND CO. V. O'HARA MANUFACTURING LTD.
(A-372-88, Smith T.O., taxation dated 29/6/90, 7 pp.)

DISCOVERY*Examination for Discovery*

Application under R. 465(18) for order compelling plaintiffs to answer certain questions refused to answer on discovery and to satisfy undertakings—Action for patent infringement of elasticized waistband in defendants' "Huggies" disposable diaper—Defendant denies infringement and alleges plaintiffs' patent invalid, conspiracy between plaintiffs and third defendant-by-counterclaim and anti-competitive acts by plaintiffs—Certain questions ordered answered—Questions must relate to matters which tend to prove or disprove unadmitted allegations of fact in pleadings: R. 465(15) and *Armstrong Cork Ltd. v. Domco Industries Ltd.*, [1981] 2 F.C. 510 (C.A.)—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 465(15),(18).

PROCTER & GAMBLE CO. V. KIMBERLY-CLARK OF CANADA LTD. (T-1493-86, Martin J., order dated 24/9/90, 9 pp.)

JUDGMENTS AND ORDERS*Stay of Execution*

Minister seeking stay on grounds order incapable of being carried out and, if order remaining in effect, Minister may be subject to possible contempt proceedings—Efforts to carry out order still underway—Contempt proceedings matter of speculation—Minister not establishing preponderance of very severe, irreparable harm: *Diversified Products Corp. v. Tye-Sil Corp.*, [1988] 2 F.C. 223 (C.A.)—Motion dismissed.

GASSMANN V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T-1559-90, Collier J., judgment dated 21/8/90, 3 pp.)

PLEADINGS*Motion to Strike*

Trade mark infringement action—Allegations in statement of defence and counterclaim raising issues of deliberate malfeasance and unconscionable commercial practices without sufficient factual base on which to provide proper reply or defence to counterclaim—Although not struck, further and better particulars of material facts ordered—No answer to demand for particulars to state such facts within exclusive knowledge of plaintiff—Allegations must be supported by material facts.

ARIS ISOTONER INC. V. RANKA ENTERPRISES INC.
(T-30-90, Joyal J., order dated 12/9/90, 2 pp.)

PRACTICE—Concluded**REFERENCES**

Referee's report—Reference for determination of plaintiff's damages on application for default judgment—Action for damage to cargo of black printed polyurethane cowhide splits shipped on board vessel *Ever Vigor* from Korea to Montréal—Damages assessed at \$115,773.14 as claimed.

LAVEDER INC. V. KHEE RYOONG COMMERCE & TRANSPORT CO. (T-1686-88, Daoust Referee, report dated 8/8/90, 2 pp.)

PRIVACY

Application to review decisions of National Parole Board and Correctional Service of Canada in relation to requests for personal information in "Parole case files" and "Psychology Bank"—Privacy Commissioner finding Board properly applying exemptions—Review of initial decisions, and change in policy by Correctional Service, resulting in production of most of information previously withheld—Exemption claimed for only portions of five out of 232 pages—Exemptions properly applied by Board—Three pages relating to information provided in confidence by municipal government exempt under s. 19(1)(d)—Also exempt under s. 26 as relating to individuals other than applicant, as were two other instances—Information requested of Service provided *in toto*—If any file about applicant in archives, Board should respond to request as it has done in relation to current file—Although applicant largely unsuccessful, awarded costs of application, except those attendant upon earlier unsuccessful application to extend time to appeal order—Agencies not initially responding within normal time provided by statute—Changing practice or policy to become more responsive to applicant's requests and more reflective of spirit of Privacy Act result of applicant's efforts to obtain information requested—Privacy Act, R.S.C., 1985, c. P-21, ss. 17, 19, 26, 28, 41.

SHEPHERD V. CANADA (SOLICITOR GENERAL)
(T-2128-88, MacKay J., order dated 6/9/90, 8 pp.)

PUBLIC SERVICE**APEALS**

Application to set aside Public Service Commission Appeal Board's dismissal of applicant's appeal under Public Service Employment Act, s. 21—Upon elimination by Selection Board of one question from written examination, three candidates passing instead of just applicant—Appeal Board erred in basing decision not to intervene on finding Selection Board not acting in bad faith—Board should have asked whether rejected question relevant for testing merit—Board could not be satisfied rejection of question could have no impact upon assessment of relative merits of candidates in that exam—Application allowed—Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 21—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.

MACKINTOSH V. CANADA (PUBLIC SERVICE COMMISSION APPEAL BOARD) (A-459-89, Hugessen J.A., judgment dated 19/9/90, 3 pp.)

PUBLIC SERVICE—Continued

JURISDICTION

Definition of "employee"—S. 28 application attacking P.S.S.R.B. decision declining jurisdiction with respect to civilian employees of Canadian Forces Radio Network in Germany—Act s. 2(b) definition of "employee": "a person employed in the Public Service other than a person locally engaged outside Canada"—Board made no finding as to where persons "engaged"—Persons may have been engaged in Canada—Board's decision patently wrong in law—Application allowed—Exclusion in s. 2(b) applies only to persons hired outside Canada to perform work outside Canada—Public Service Staff Relations Act, R.S.C., 1985, c. P-35, s. 2(b).

ALLIANCE OF CANADIAN CINEMA, TELEVISION AND RADIO ARTISTS V. CANADA (PUBLIC SERVICE STAFF RELATIONS BOARD) (A-61-90, Hugessen J.A., judgment dated 1/10/90, 3 pp.)

LABOUR RELATIONS

Public servants staging sit-down strike subjected to financial penalties of loss of up to 19 days' pay—Crown garnishing salaries to collect penalties—Plaintiffs seeking declaratory judgment Crown lacking authority to recover penalties imposed as disciplinary measure by way of set-off—Proceeding by way of stated case—Under Public Service Staff Relations Act, s. 92 any grievance or redress available to public servant from imposition of such sanction by way of adjudication—Although parties agreeing Court having jurisdiction to hear case, improper for Court to pre-empt adjudicative process established by legislators—Not jurisdictional issue, but issue of properly exercised discretion—Adjudication process for resolution of employer-employee disputes mandatory under Public Service Staff Relations Act—S. 101 privative clause making decisions thereunder final and conclusive—Only by judicial review that court may exercise supervision over process to make sure normative rules applicable to administrative tribunals respected—Supreme Court of Canada endorsing principle courts should not dispose of issues when legislature decided such issues should be properly resolved by some other tribunal—Whether "adequate alternative remedy" test to determine whether Court seized of action for declaratory relief or application for prerogative remedy—Exercise of curial discretion subject to same criteria—No argument advanced as to inadequacies of adjudicative remedy—Stated case not resolving all issues between parties i.e. appropriateness of penalty unilaterally imposed by Treasury Board, and quantum of penalty—Possibly resulting in multiplicity of proceedings—Statutory remedy offsets element of consent or agreement between parties to proceed as they have—Stated case not dealt with on merits—Issues to proceed to adjudication under Public Service Staff Relations Act, s. 92—Financial Administration Act, R.S.C., 1985, c. F-11, s. 155—Public Service Staff Relations Act, R.S.C., 1985, c. P-35, ss. 91, 92, 101—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.

PUBLIC SERVICE ALLIANCE OF CANADA V. CANADA (TREASURY BOARD) (T-346-90, Joyal J., judgment dated 24/8/90, 9 pp.)

PUBLIC SERVICE—Concluded

PRACTICE

Grievance procedure—Application to set aside Public Service Staff Relations Board decision that preparation, printing and circulation of grievance forms not approved by Board constituting failure to comply with regulations within Public Service Staff Relations Act, s. 23(1)(d)—Application dismissed—P.S.S.R.B. Regulations and Rules of Procedure, ss. 73 and 75 supporting inference only forms approved by Board to be used in grievance procedure—P.S.S.R.B. Regulations and Rules of Procedure, C.R.C., c. 1353, ss. 73, 75—Public Service Staff Relations Act, R.S.C., 1985, c. P-35, s. 23(1)(d)—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28.

CRAIG V. LOVE (A-165-90, Hugessen J.A., judgment dated 18/9/90, 3 pp.)

TERMINATION OF EMPLOYMENT

Appeal from trial judgment ([1989] 3 F.C. 371) finding discontinuance of function within Public Service Employment Act, s. 29(1) although plaintiff's work continued to be performed by others—Appeal dismissed as Trial Division reasons agreed with—Public Service Employment Act, R.S.C. 1970, c. P-32, s. 29(1).

MUDARTH V. CANADA (MINISTER OF PUBLIC WORKS) (A-1189-88, Mahoney J.A., judgment dated 11/9/90, 1 p.)

TRADE MARKS

PRACTICE

Appeal from prothonotary's decision not to strike affidavits filed by appellant in support of its appeal from Registrar's decision not to expunge registered trade mark under s. 45 of Act—Motion by appellant for leave to cross-examine affiants of said affidavits—Appeal denied and appellant's motion granted—Tendering of affidavits by either party on appeal from Registrar's s. 45 decision contemplated by Act and Rules—Court has discretion to grant leave to cross-examine any affiants on any affidavits filed at s. 45 hearing or for purposes of appealing Registrar's decision under that section—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 45(1), 54(1), 56(1),(5), 59(1)—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 704(1),(3),(6),(7) (as am. by SOR/79-57, s. 16).

MEREDITH & FINLAYSON V. CANADA (REGISTRAR OF TRADE MARKS) (T-1108-90, Dubé J., order dated 4/10/90, 8 pp.)

UNEMPLOYMENT INSURANCE

S. 28 application against decision of Tax Court of Canada—Court misunderstood question it had to answer—Question not whether contract concluded between applicant and alleged employer contract for services rather than contract of service

UNEMPLOYMENT INSURANCE—Continued

but whether, during period at issue, applicant had in fact worked for alleged employer for salary—Application allowed.

LÉPINE v. M.N.R. (A-509-89, Pratte J.A., judgment dated 10/9/90, 2 pp.)

Application to review Umpire's decision reversing board of referees' decision and reinstating decisions by which Employment and Immigration Commission refused to extend deadlines

UNEMPLOYMENT INSURANCE—Concluded

in which applicants could appeal from other Commission decisions regarding vacation pay received by them—Unemployment Insurance Act, s. 79 gives Commission discretionary power to extend appeal deadline "for special reasons"—Board could not without valid reasons substitute its discretionary power for that of Commission—Application dismissed.

CHARTIER v. CANADA (EMPLOYMENT AND IMMIGRATION COMMISSION) (A-42-90, Pratte J.A., judgment dated 13/9/90, 2 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

KNOWLEDGE REQUIREMENTS

Appeal from Citizenship Judge's refusal to grant citizenship on grounds failing to meet s. 5(1)(d),(e) of Act—Not speaking either official language after four years in Canada—Not demonstrating sufficient knowledge of Canada and of responsibilities and privileges of citizenship—No recommendation Minister exercise discretion to grant citizenship pursuant to ss. 5(3),(4) on compassionate grounds or special hardship—Appeal allowed in part—Humanitarian grounds existing: *Re Aboumalhab* (1987), 17 F.T.R. 180 (F.C.T.D.)—Appellant 60 years old—Born in Lebanon—Permanent resident and children Canadian citizens—Speaking Arabic but unable to read or write native language—Never working outside home—Gainfully employed in caring for grandchildren—Strong family support—Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, ss. 5(1)(d),(e) (3),(4), 15(1).

HOKAYEM (RE) (T-583-90, Rouleau J., order dated 19/9/90, 3 pp.)

CUSTOMS AND EXCISE

Application to quash decision of Deputy M.N.R., Customs and Excise regarding importation of firearms—Seizure of firearms on ground capable of automatic fire—Decision by Deputy M.N.R. weapons "not sufficiently modified to escape being classified as prohibited under Criminal Code" and therefore importation prohibited pursuant to Customs Tariff—M.N.R. subsequently determining that importation of majority of weapons not in contravention of Customs Act and weapons could be released subject to terms of Customs Tariff—Application dismissed—Customs Act, ss. 65(3), 67, 68 providing right of appeal to Canadian International Trade Tribunal and to Federal Court—Applicant's appeal launched prior to instant motion—Where right of appeal existing *certiorari* not available except in special circumstances: *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561—Customs Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1, ss. 65(3), 67 (as am. *idem* (4th Supp.), s. 52), 68 (as am. *idem*)—Customs Tariff, R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. C-41, s. 138, Schedule VII, Code 9965.

ANDERSON V. CANADA (DEPUTY M.N.R., CUSTOMS AND EXCISE) (T-2863-89, Martin J., order dated 28/8/90, 9 pp.)

FEDERAL COURT JURISDICTION

Crown seeking to add third parties in negligence action brought against it by plaintiff for injury due to fall—Application dismissed—No "federal law base" permitting addition of third parties—Action under Crown Liability Act on basis of ownership/occupation of airport—Nothing in Aeronautics Act permitting or suggesting right of defendant to claim over against proposed third parties either in tort or contract—Nothing found to indicate Crown's right to indemnification: *R. v. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd. et al.*, [1980] 1 S.C.R. 695.

WEBSTER V. CANADA (T-758-90, Cullen J., order dated 17/9/90, 3 pp.)

Maritime law—Appellant obtaining leave to file conditional appearance to contest Court's jurisdiction—Action alleging appellant improperly stuffing container in Rotterdam, Holland, for loading on board ship for transportation overseas—Appeal dismissed—Court having jurisdiction *ratione materiae*: *ITO—International Terminal Operators v. Miida Electronics et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752—Stuffing of container for maritime voyage maritime matter—No question arising as to jurisdiction *ratione personae* since validity of service of statement of claim *ex juris* and of order granted not challenged.

PETER CREMER BEFRACHTUNGSKONTOR GMBH V. MCGREGOR CORY CARGO SERVICES B.V. (A-279-89, Hugessen J.A., judgment dated 11/9/90, 2 pp.)

INCOME TAX

INCOME CALCULATION

Plaintiff claiming money paid in 1981 to main shareholder *ex gratia* bonus or reward or management fee and deductible expense pursuant to s. 20(1)(e) of Act—Claiming property transferred to partnership in 1982 governed by rollover provisions of Act and no capital gains tax payable—Action dismissed—Evidence money paid to main shareholder as interest—Main shareholder's evidence *ex post facto* attempt to bring it within terms of statute—S. 85(1)(b) applying on transfer of property—Consideration received including partnership interest and cash payment—Amount received by taxpayer on transfer of property to partnership greater than amount agreed upon by plaintiff and partnership in s. 97(2) election—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 20(1)(e) (as am. by S.C. 1979, c. 5, s. 7), 85(1)(b) (as am. by S.C. 1973-74, c. 14, s. 25;

INCOME TAX—Continued

1974-75-76, c. 26, s. 48; 1980-81-82-83, c. 48, s. 45), 97(2) (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 61; 1980-81-82-83, c. 140, s. 58).

HARO PACIFIC ENTERPRISES LTD. v. CANADA (T-2059-86, Reed J., judgment dated 5/9/90, 9 pp.)

Deductions

Appeal from Minister's disallowance of sums deducted by plaintiff as accounts payable in taxation year—Whether Minister correctly characterizing sums as "holdback payables" whose deductibility prohibited under s. 18(1)(a),(e) of Act—Plaintiff carrying on business of mechanical engineering and contracting and involved in construction projects as subcontractor—Hiring sub-subcontractors under purchase orders to supply and install materials "as per plans, specifications and addenda" to satisfaction or approval of engineers—Plaintiff paying within several months of receipt of monthly invoices except for holdback—Submission by plaintiff holdbacks accounts payable and deductible pursuant to s. 18(1)(a)—Alberta forms regarding contracts between owners and general contractors and subcontractors containing no reference to sub-subcontractors—No verbal agreement nor custom of trade at level of sub-subcontractor in Alberta industry—Appeal allowed—Holdback expenses or outlays made or incurred by plaintiff for purpose of earning income from business within meaning of s. 18(1)(a)—Plaintiff's obligation regarding holdbacks from sub-subcontractors not contingent: *Guay J.L. Lié v. M.N.R.* (1971), 71 DTC 5423 (F.C.T.D.); and *Nfld Light & Power Co. Ltd. v. The Queen* (1990), 90 DTC 6166 (F.C.A.) distinguished—Contractual documents governing plaintiff's relationship with general contractors and sub-subcontractors not expressly authorizing withholding from payments made to latter—Evidence not establishing practice—Plaintiff not always awaiting issuance of substantial completion certificate before releasing holdbacks to sub-subcontractors—Mostly paying latter in full prior to date of issuance of substantial completion certificate—Release of holdbacks dependent on plaintiff's satisfaction with work as plaintiff remaining liable for deficiencies until issuance of certificate—Plaintiff's cash flow factor in determining timing of holdback releases and prompting company's imposition of latter in first place—Holdbacks not representing amount transferred or credited to reserve or contingent account—S. 18(1)(e) not applicable to prohibit deduction—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 18(1)(a),(e).

WIL MECHANICAL LTD. v. CANADA (T-603-86, McNair J., judgment dated 23/7/90, 15 pp.)

Farming

Appeal from reassessments for 1980 and 1981—Minister restricting losses incurred from horse breeding farm to \$5,000 pursuant to Income Tax Act, s. 31(1)—S. 31(1) limiting deduction for farm losses to \$5,000 where taxpayer's chief source of income not farming—Whether plaintiffs' chief source of income farming or farming in combination with something else—Allan J. Dand majority (98%) shareholder in plaintiffs

INCOME TAX—Continued

Dand Auto Parts Limited (DAPL) and A.J. Dand Limited (AJDL)—AJDL trading as Canadian Tire corporate store in Dartmouth, Nova Scotia—Acquiring property near Calgary, Alberta to establish horse breeding farm in 1979—Transferring store and farm business to DAPL on August 1, 1980—DAPL still carrying on both Canadian Tire store business and farm—AJDL management company which manages store—Dand and wife receiving salary as employees of AJDL—Although store manager responsible for general day-to-day operation of store, Dand and wife in charge of organizational work of both store and farm—Dand alleging entered retail business to make money to buy farm, but intending to sell store after making "sufficient" monies from farm—Although impossible to conclude how profitable farm would have to be before would give up store, clearly intended to establish first class horse breeding ranch—Notwithstanding continual heavy losses, continuing to buy mares using profits from very successful store—Evidence suggesting Dand thinking of owning horse breeding farm only when store making so much money—No special training in horse breeding—Dand spending some time on farm during summer school holidays, Easter and Christmas vacation periods, and during spring and fall—Although able to spend time away from office in Dartmouth, required according to agreement with Canadian Tire to be responsible for general operation of store—Reference to *Moldovan v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 480 identifying three classes of farmers and *Hadley, H. S. v. The Queen* (1985), 85 DTC 5058 (F.C.T.D.) summarizing guidelines to be applied in determining which category taxpayer fits into—Although most of case law related to s. 31(1) applicable to individuals, same criteria apply to principal shareholder since evidence indicating Dand driving force behind plaintiff corporations—Plaintiffs not establishing corporation's major pursuit and chief source of income farming—No objective evidence (1) Dand going to surrender store before retirement, (2) of planned rate of return, nor (3) of expected date of profit, leading to inference no intention of giving up store until retirement and farm merely hobby—Dand hoped for "economically viable" farm, not business which would be DAPL's principal source of income—Evidence indicating farm would never provide bulk of corporation's income—Although farm may possibly make profit, insufficient to conclude farm may one day become chief source of income for corporation—Store source of all income and keeping farm in operation—Farm likely to become principal source of income only if becomes only source of income, but even then may not be financially successful given risks of horsebreeding business—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 31(1) (as am. by S.C. 1973-74, c. 14, s. 7).

DAND AUTO PARTS LTD. v. CANADA (T-1514-85, Teitelbaum J., judgment dated 7/9/90, 53 pp.)

SEIZURES

Plaintiff claiming Department of National Revenue garnishing moneys owing to it from debtors of corporation—Claiming holding general assignment of book debts and accounts receivable—Action dismissed—Plaintiff failing to prove sums claimed owing—Factoring agreement previously terminated—Minister free to garnish accounts in 1981 as accounts not then property of debtor corporation—Assignment of book debts not

INCOME TAX—Concluded

in full force and effect—Registration expired or ineffectual in Quebec—Never registered in Ontario.

CAMERON v. CANADA (T-1633-85, Muldoon J., judgment dated 9/8/90, 12 pp.)

M.N.R. applying for order to retain documents seized from certain respondents, accountants and solicitors pursuant to s. 231.3(6) on May 7, 1987—Requests by some respondents for cross-examination re validity of seizure procedure on grounds s. 231.3(5) not complied with as reports not made to a judge “as soon as practicable” after seizure and two affiants not individuals who executed search warrants—Application granted—No useful purpose served for granting orders for cross-examination—Issuing of retention order not conditional on report having been made “as soon as practicable”—Directory rather than mandatory—Seized documents sealed and kept in custody of Court until outcome of challenge to validity of search and seizure—All reports filed in support of retention orders signed on behalf of all officers originally seizing documents—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 231.3(5) (as am. by S.C. 1986, c. 6, s. 121), (6) (as am. *idem*).

M.N.R. v. CANADIAN BIO-MASS RESEARCH (T-988-87, Reed J., order dated 12/9/90, 5 pp.)

MARITIME LAW**CARRIAGE OF GOODS**

Action for rust damage to steel cargos due to negligence of carrier in stowing and carrying—Steel made in France, loaded in Belgium and delivered to Toronto, Hamilton and Detroit—Carrier delayed ten days prior to unloading due to closure of bridge—Whether rust due to condensation within coils resulting from improper ventilation during unseasonably warm spell—Action dismissed—Plaintiff not establishing *prima facie* case of liability—Not showing cargo moisture-free and in good condition prior to shipping, nor that cargo discharged in damaged state permitting inference damage occurring while in possession of defendant—Probability of rust forming prior or subsequent to discharge—Steel stored two weeks in open warehouse in Belgian port prior to loading—Outer protective envelopes not removed and steel not examined until few weeks after unloading—No reliable evidence of causal connection for possible negligence—Damage either peril of sea or due to factors beyond defendant's control—Closure of bridge causing fourteen-day delay falling within exempting provisions of Hague Rules—Hague Rules, R.S.C. 1970, c. C-15, Schedule, Article IV, s. 2(c), (q).

FRANCOSTEEL CORP. v. FEDNAV LTD. (T-1699-85, Rouleau J., judgment dated 7/9/90, 28 pp.)

PRACTICE

Damages and costs—Reference—Plaintiffs claiming demurrage in breach of charter-party agreement—Obtaining order in default of pleadings as defendant not filing defence—Balance of demurrage in amount of \$19,048.46 remaining—Breach-

MARITIME LAW—Concluded

date rule for conversion into Canadian currency adopted—Date of invoice date for rate of exchange—Damages \$22,000.97 at rate of exchange of 1.1550—Damages interest 16% from date of invoice pursuant to order of Senior Prothonotary to grant as per statement of claim—Costs fixed at \$681.87—Maximum Tariff B amounts claimed reduced—Ordinary matter—No complex issues—Little work required by solicitors—Claim for services prior to examination for discovery disallowed—Disbursements occurring before proceedings commenced not allowable—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, Tariff B (as am. by SOR/87-221, s. 8).

N. M. PATERSON & SONS LTD. v. CO.PR.A INTERNATIONAL S.R.L. (T-3027-89, Cousineau Referee, reference dated 21/9/90, 4 pp.)

NATIVE PEOPLES

Motion by Crown to strike out portion of statement of claim relating to implied terms in agreements entered into by Crown and other defendant parties (“school defendants”)—Under first agreement Crown agreed to contribute one-half cost of school for Indian and non-Indian children—Under second agreement, Crown paid one-half cost of school additions—Motion dismissed save for one paragraph—Whether implied terms matter for argument at trial.

SEBASTIEN v. CANADA (MINISTER OF INDIAN AFFAIRS AND NORTHERN DEVELOPMENT) (T-1154-89, Collier J., order dated 21/8/90, 5 pp.)

PATENTS

Motion to strike out certain paragraphs from statement of defence and counterclaim under R. 419—Hearing limited to constitutional and jurisdictional arguments—Plaintiffs owning patent for heart medicine Atenolol—Defendant holder of compulsory licence for importation, preparation, use and sale pursuant to s. 41 of Act—Defendant pleading s. 41.11 *ultra vires* and of no force and effect as inconsistent with ss. 7, 15(1) Charter and ss. 1(a), 2(a) Canadian Bill of Rights—Motion granted—Defendant not entitled to benefit of ss. 7, 15 Charter—Defendant's pleas of constitutional invalidity of s. 41.11 Patent Act struck pursuant to R. 419(1)(a)—Court having jurisdiction and entitled to create or regulate property in course of exercising enumerated powers—Constitutional and jurisdictional questions dealt with prior to enactment of s. 41.11: *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1987] 2 F.C. 359 (C.A.)—S. 41(4) providing for issuance of compulsory licences with competence of federal Parliament's power re “patents of invention and discovery”—Term “individual” in s. 1(a) Canadian Bill of Rights not including bodies corporate—S. 41(4) not denying due process either substantively or procedurally—S. 7 Charter rights relating to bodily well-being of natural person and not apt to describe any rights of corporation nor purely economic rights of natural person—“Everyone” in s. 7 Charter excluding corporations and other artificial entities incapable of enjoying life, liberty or security of person: *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R.

PATENTS—Concluded

927—S. 2(a) Canadian Bill of Rights not relevant—S. 70 Patent Act not excluding jurisdiction of Court to deal with licences granted under Act—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 419—Patent Act, R.S.C. 1970, c. P-4, ss. 41 (as am. by R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 164; S.C. 1987, c. 41 s. 14), 41.11 (as am. by S.C. 1987, c. 41 s. 15), 70—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—Canadian Bill of Rights, R.S.C., 1985, Appendix III, ss. 1(a), 2(a).

IMPERIAL CHEMICAL INDUSTRIES PLC v. APOTEX INC. (T-1513-88, Rouleau J., order dated 11/7/90, 9 pp.)

PRACTICE

Defendant seeking summary judgment pursuant to R. 341(a) dismissing action based on plaintiff's admissions in action for infringement of plaintiff's reissue patent—Defendant alleging reissue patent invalid and void pursuant to ss. 50(1) and 55(1) Patent Act—Alleging no basis on which original patent could be deemed defective or inoperative by reason of insufficient description or specification—Alleging no error ascribable to inadvertence, accident or mistake—Application dismissed—Question whether perceived insufficiency of description or specification existing and whether corrected by amendments clearly triable issue—Commissioner of Patents not clearly wrong in granting reissue on that basis—Answers to questions re formal searches on cross-examination and actual searches not so conclusive and irrefutable admissions as to preclude plaintiff from calling evidence at trial re searches for U.S. art—Plaintiff's allegations in petition not allowing Court to find plaintiff failing to show error arising from inadvertence, accident or mistake—Factual issues remaining in controversy—Plaintiff to be given opportunity to argue at trial own reissue patent validly granted according to principle in *Curl-Master Mfg. Co. Ltd. v. Atlas Brush Ltd.*, [1967] S.C.R. 514—Court not persuaded factual matters between parties beyond controversy nor legal result flowing from admitted facts beyond doubt—Patent Act, R.S.C. 1970, c. P-4, ss. 50(1), 55(1)—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 341(a).

FLEXI-COIL LTD. v. F.P. BOURGALT INDUSTRIES AIR SEEDER DIVISION LTD. (T-418-87, McNair J., order dated 27/7/90, 13 pp.)

PRACTICE

Motion to sever liability and damages dismissed—Plaintiffs not within principle set down in *Abramsky et al. v. Canada* (1985), 60 N.R. 6 (F.C.A.); *Proctor and Gamble v. Kimberley Clarke of Canada* (1989), 23 C.P.R. (3d) 288 (F.C.A.); affg (1989), 21 C.P.R. (3d) 414 (F.C.T.D.)—Motion for fixing trial date dismissed.

LOWER KOOTENAY INDIAN BAND v. CANADA (T-16-90, Collier J., order dated 7/8/90, 3 pp.)

PRACTICE—Continued**COSTS**

Party and party costs to defendants (appellants) in patent infringement action awarded on appeal dismissing plaintiffs' (respondents') actions heard together—Bills of costs for Trial Division taxed and allowed in the following amounts for each successful party: \$9,752.14; \$5,000; \$5,000—Certain items allowed on consent—Others taxed off for lack of evidence—No duplication of costs—Taxing officer bound, by discretion exercised pursuant to R. 344, by Court of Appeal's individual awards of costs—Maximum fees for preparation and attendance at trial justified under R. 346(1.1)—No special reason existing for junior counsel fees—Taxing officer exercising discretion in assessing disbursements for photocopies under Tariff B, s. 3—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 344 (as am. by SOR/87-211, s. 2), 346(1.1) (as enacted *idem*, s. 3), Tariff B (as am. *idem*, s. 8), s. 3.

ELI LILLY AND CO. v. O'HARA MANUFACTURING LTD. (T-1759-83, Smith T.O., taxation dated 29/6/90, 8 pp.)

DISCOVERY*Production of Documents*

Appeal against order of Senior Prothonotary regarding production of documents and communications protected by solicitor-client privilege—Documents previously exchanged between plaintiff and U.S. patent attorney in connection with plaintiff's earlier application for U.S. patent protection—Defendant arguing no such privilege under U.S. law—Since plaintiff disclosing some documents and opening door to further discovery, not allowed to close door at will—Appeal dismissed—Lack of sufficient grounds to justify intervention even if current doctrine on scope of discovery suggesting more liberalized approach—Communication between a party and its patent attorney in U.S. enjoying confidentiality: *IBM Canada Ltd. v. Xerox of Canada Ltd. et al.* (1977), 32 C.P.R. (2d) 205 (F.C.A.)—Partial disclosure not necessarily constituting waiver of privileges: *Risi Stone Ltd. v. Groupe Permacon Inc.* (T-1005-89, Reed J., judgment dated 6/3/90, F.C.T.D., 11 pp.)—Plaintiff disclosing privileged documents to establish disclosure date of invention—Once purpose achieved plaintiff having right to end further discovery.

ABC EXTRUSION CO. v. SIGNTECH INC. (T-1061-86, Joyal J., order dated 20/9/90, 4 pp.)

PARTIES*Intervention*

Applications by eleven parties for intervenor status to permit them to resist applicant's motion in event Court concluding respondent in fact disobeying or failing to comply with order—Applicant moving to compel respondent to obey order of February 12, 1990 that respondent add issue of toll methodology to list of issues to be considered by it at hearing commencing March 5, 1990 to consider TransCanada Pipelines Limited's 1991 and 1992 Facilities Application—Applications dismissed—Would-be intervenors having nothing to lose and no

PRACTICE—Concluded

interest threatened at this state—Existing plethora of intervenors previously admitted—Courts discouraging multiplicity of proceedings.

INDUSTRIAL GAS USERS ASSN. v. CANADA (NATIONAL ENERGY BOARD) (T-2984-89, Muldoon J., order dated 16/7/90, 7 pp.)

PUBLIC SERVICE

Jurisdiction—S. 28 application against decision of Public Service Staff Relations Board dismissing reference brought under s. 99 of the Act for lack of jurisdiction—Grievance seeking declaration of nullity regarding employer's vacation policy as contrary to provisions of collective agreement—Application dismissed—Board correct in declining jurisdiction—S. 99(1) of Act not allowing reference to Board where alleged breach of obligation not subject of individual grievance—Collective agreement imposing certain obligations on employer to give vacations to employees—Such obligations only capable of enforcement by employees affected—Cannot be implied from collective agreement employer prohibited from promulgating policies which bargaining agent considers breach of obligations owed to employees—Public Service Staff Relations Act, R.S.C., 1985, c. P-35, s. 99.

PROFESSIONAL INSTITUTE OF THE PUBLIC SERVICE v. CANADA (A-64-90, Hugessen J.A., judgment dated 27/9/90, 2 pp.)

TRADE MARKS**INFRINGEMENT**

Interlocutory injunction application to prevent defendant from using get-up on dry beer bottle and packaging on ground confusing—Alleging passing-off based on s. 7(b) Trade-marks Act and breach of copyright—Plaintiff selling goods in several provinces but not in Maritimes—In so far as Canadian sales concerned, defendant selling only in Maritime provinces—Application dismissed—*Turbo Resources Ltd. v. Petro Canada Inc.*, [1989] 2 F.C. 451 (C.A.) applied—Although serious question in issue, plaintiff not demonstrating probability of injury occurring prior to trial—Plaintiff not saying it is about to sell beer in Maritimes—Hypothesizing about possible injuries in future—No realistic possibility of damages—Balance of convenience in favour of defendant—Failure to stop defendant not likely to cause inconvenience to plaintiff—Merits of case considered as granting of injunction having probable effect of putting end to get-up as employed by defendant—Using test of first impression, no confusion found between two get-ups—Substantial differences—Plaintiff not showing its get-up acquiring distinctive character in Maritime provinces—Parties not selling in same market—Merits of claim doubtful—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, s. 7(b).

MOLSON BREWERIES v. MOOSEHEAD BREWERIES LTD. (T-1963-90, Strayer J., order dated 10/8/90, 8 pp.)

UNEMPLOYMENT INSURANCE

S. 28 application for review of Tax Court decision woodcutters employed under contract of service with result premiums payable by applicant—Application dismissed—No reviewable error—Tax Court Judge correctly applying principles and criteria established by case law—Record supporting findings.

GARNET MEDICRAFT v. CANADA (A-234-89, Iacobucci C.J., judgment dated 23/5/90, 1 p.)

S. 28 application to review decision of Chief Umpire affirming decision of Board of Referees and holding leave pay and leave days interchangeable under ss. 37(3) and 42(4) of Regulations—Pursuant to collective agreement amount of earnings liable to allocation by Commission amount of accumulated leave pay from first day of month claimant laid off—Claimant Marine Navigation officer normally working seven-day week—Laid off due to shortage of work—At issue: treatment to be given to unused leave days accumulated—Whether leave pay provisions of collective agreement relevant to application of ss. 37(3), 42(4) of Regulations—“Leave pay” and “leave day” two different concepts—Leave pay provision of collective agreement stating “employee shall be paid accumulated leave pay monthly” cannot be invoked in application of ss. 37(3), 42(4) of Regulations dealing with time “off work”, where leave days properly belong: *Canada (Attorney General) v. Kelly* (A-106-89), Desjardins J.A. judgment dated 29/6/90, F.C.A., not yet reported—Unemployment Insurance Regulations, C.R.C., c. 1576, ss. 37(3), 42(4).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. QUESNELLE (A-456-89, Desjardins J.A., judgment dated 21/9/90, 4 pp.)

S. 28 application to set aside decision of Chief Umpire upholding decision of Board of Referees that respondent qualified to receive benefits as not “working” for Church within meaning of s. 37(1) of Regulations and laid off—Respondent, clergyman, performing services on full-time basis for congregation paying him for several months at a time when could afford to—Receiving benefits during first period of non-payment—Denied subsequent application and repayment of benefits received demanded by Commission—Disqualification only argued—Nature of claimant's duties not changing whether paid or not—Receiving \$100 monthly for car allowance when “laid off”—Identified as pastor during unpaid periods—Issue whether respondent laid off—Application allowed—Commission correctly determining respondent's continued involvement under on-going contract of service disqualifying him from receiving benefits—Requirements of s. 37(1) discrete—Respondent must prove laid off or separated from employment and not paid—Since requirements discrete, fact not paid not conclusive of lay-off or separation—Respondent never laid off—Contract of service continuing in effect—Board wrong in holding “continuance of service at no pay not inconsistent with many volunteers in community continuing to serve a cause whether or not paid throughout involvement”—Unemployment Insurance Regulations, C.R.C., c. 1576, s. 37(1) (as am. by SOR/82-778, s. 1).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. ENNS (A-559-89, Mahoney J.A., judgment dated 19/9/90, 4 pp.)

UNEMPLOYMENT INSURANCE—Continued

S. 28 application against decision by Umpire and Board of Referees overturning Commission's refusal to grant extension of thirty-day deadline given claimant for appealing from decision affecting right to benefits—Discretionary power to extend deadline for special reasons lies with Commission—Board of Referees can only intervene in exercise of power if apparently exercised in "non-judicial" way—In this case, Commission's refusal in no way based on irrelevant consideration—Subsequent shift in judicial thinking on issue concerning respondent could not justify extension of deadline over one year after decision he wants to appeal—Board of Referees therefore could not intervene in Commission's decision and Umpire wrong to approve its conclusion—Application allowed.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. PLOURDE (A-80-90, Marceau J.A., judgment dated 1/10/90, 3 pp.)

UNEMPLOYMENT INSURANCE—Concluded

S. 28 application against Umpire's decision refusing to extend for special reasons thirty-day deadline for appealing from decision affecting right to unemployment insurance benefits—Application dismissed for reasons set out in *Canada (Attorney General) v. Plourde*, [1990] 3 F.C. D-46 (C.A.)—In that case, Federal Court of Appeal allowed s. 28 application on ground Board of Referees should not intervene in exercise of Commission's discretionary power to refuse request for extension of deadline in absence of evidence power exercised in "non-judicial" way—Shift in judicial thinking over one year after decision claimant wanted to appeal did not justify extension of deadline.

MONY V. CANADA (EMPLOYMENT AND IMMIGRATION COMMISSION) (A-94-90, Marceau J.A., judgment dated 1/10/90, 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.

ASSURANCE-CHÔMAGE

Demande fondée sur l'art. 28 en vue de faire casser la décision du juge-arbitre qui a rejeté les appels formés par la Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada à l'encontre de deux décisions de deux conseils arbitraux qui ont infirmé des décisions de la Commission et accueilli une demande de prestations—L'intimé a pris une retraite anticipée le 1^{er} février 1986—Il a cessé de travailler le 11 décembre 1985, car il avait droit à six semaines de congé—(1) Il a présenté une demande de prestations le 19 février 1986—La Commission a conclu que la pension hebdomadaire constituait des gains au sens de l'art. 57(2)e) et elle l'a répartie de la manière prévue à l'art. 58(15) du Règlement sur la période durant laquelle elle était payable—Ces dispositions sont entrées en vigueur le 5 janvier 1986—Le conseil arbitral a conclu que la dernière journée de travail était le 11 décembre 1985 et que la pension était soustraite à l'application des art. 57 et 58 du Règlement parce qu'elle avait pris effet avant le 5 janvier 1986—(2) La nouvelle loi (Loi sur le réexamen de l'admissibilité aux prestations d'assurance-chômage (pensions), qui est entrée en vigueur le 5 avril 1987, oblige la Commission à réexaminer l'admissibilité aux prestations d'un prestataire qui a formulé une demande initiale avant le 5 janvier 1986 et dont les prestations ont été supprimées ou réduites du fait que des sommes ont été déduites, conformément aux art. 57 et 58 du Règlement, des prestations payables—L'intimé a fait une deuxième demande mais la Commission a déclaré qu'il n'avait droit à aucun remboursement parce qu'il n'avait pas formulé sa demande avant le 5 janvier 1986—Le conseil a conclu que l'intimé avait fait une demande le 17 décembre 1985 lorsqu'il a voulu en présenter une—En appel, le juge-arbitre a conclu que la principale question en litige était celle de la justice à rendre à un prestataire qui s'est trouvé aux prises avec une extraordinaire combinaison de dispositions transitoires d'un règlement et de dispositions rétroactives d'une loi—La demande est accueillie—La non-admissibilité est une question de fond—Ce n'est pas une question de forme ou de procédure—Le premier conseil s'est trompé en concluant que la dernière journée de travail était le 11 décembre 1985—De toute façon, une telle conclusion est sans intérêt car le nouveau règlement disposait que des prestations devaient avoir été déduites—Le deuxième conseil s'est trompé en concluant que l'intention de l'intimé de faire une demande équivalait à la présentation d'une demande—Aux termes de la loi, il faut qu'un geste soit posé pour qu'un certain résultat soit obtenu—Le simple fait

ASSURANCE-CHÔMAGE—Fin

d'avoir l'intention ne suffit pas—C'est sans intérêt de toute façon—Même si l'intimé avait présenté une demande avant le 5 janvier 1986, la demande aurait été rejetée car l'intimé n'était pas sans emploi—Règlement sur l'assurance-chômage, C.R.C., chap. 1576, art. 57(2)e) (mod. par DORS/84-32, art. 8(1); DORS/86-58, art. 1(2)), 58(15) (mod. par DORS/82-778, art. 3(4); DORS/86-58, art. 2(3)).

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. KOWALCHUK (A-1191-88, juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 23-5-90, 7 p.)

Par définition, les travailleurs indépendants ne se livrent pas à un emploi assurable au sens de la Loi sur l'assurance-chômage et n'ont donc pas droit à des prestations, sauf les travailleurs indépendants se livrant à la pêche—Le requérant soutient que le régime établi en vertu de l'art. 130(1) va à l'encontre du droit au même bénéfice de la loi, garanti par l'art. 15 de la Charte, en ne prévoyant pas de disposition pour proroger le délai d'admissibilité pour cause de déficience—La distinction faite entre les régimes visant à fournir des prestations d'assurance-chômage aux pêcheurs indépendants et à d'autres réclameurs ne satisfait pas aux critères énoncés dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143—Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), chap. U-1, art. 7(2)a), 130—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.

CLARKE C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-295-89, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 9-5-90, 2 p.)

Demande fondée sur l'art. 28 en vue de contester la décision du juge-arbitre de tenir compte du montant offert au requérant pour qu'il abandonne le grief présenté à la suite de son congédiement—Le requérant avait accepté l'offre avant d'être entendu par le juge-arbitre—Il n'est pas permis d'affirmer que le juge-arbitre s'est trompé quant au résultat—La demande est rejetée.

CLEGG C. CANADA (ARBITRE, LOI DE 1971 SUR L'ASSURANCE-CHÔMAGE) (A-313-89, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 10-5-90, 2 p.)

BREVETS

PRATIQUE

Requête visant une ordonnance en vue de l'inspection des locaux de la défenderesse en vertu de la Règle 471 de la Cour fédérale et de l'art. 57 de la Loi sur les brevets—Action en violation de brevet concernant un procédé chimique entrant dans la production ou la fabrication de verres en polystyrène expansé—Lors de l'interrogatoire préalable, la défenderesse a refusé de répondre aux questions relatives au procédé et à la formule—Requête accueillie—L'inspection fait logiquement partie du processus de l'interrogatoire préalable et est susceptible de solutionner davantage de litiges si elle est plus générale—L'inspection fait ordinairement partie du processus de l'interrogatoire préalable—Elle figure dans les règles de toutes les cours supérieures, dans la Loi sur les brevets et dans les Règles de la Cour fédérale—Le critère retenu par la Cour d'appel pour l'ordonnance d'inspection dans l'arrêt *Posi-Slope Enterprises Inc. c. Sibo et autres* (1984), 1 C.P.R. (3d) 140 (C.A.F.) n'a pas été appliqué—Le critère applicable est de savoir si les questions en litige de l'interrogatoire préalable sont pertinentes du point de vue du juge présidant l'instruction de l'action—À la suite du refus de la défenderesse, la demanderesse ne disposait plus d'aucun moyen pour établir ou obtenir la preuve de la violation du brevet—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 471—Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), chap. P-4, art. 57.

POLY FOAM PRODUCTS LTD. C. CASCADES SENTINEL LTD. (T-1587-85, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 6-12-89, 6 p.)

Requête en vue d'une ordonnance exigeant la production d'une copie du texte intégral de la convention de licence conclue entre les demanderesses et à laquelle il est fait référence dans la déclaration—D'après l'examen du texte intégral effectué par la Cour, les suppressions étaient justifiées car elles ne se rapportaient pas à la question des brevets en litige—Comme les redevances constituent l'essence même de toute convention de licence, la défenderesse a droit de prendre connaissance des redevances payables sur les produits en raison des brevets en cause.

KIMBERLEY-CLARK CORP. C. PROCTER & GAMBLE INC. (T-2618-89, juge Joyal, ordonnance en date du 24-5-90, 3 p.)

CITOYENNETÉ

Demande fondée sur l'art. 18 en vue d'obtenir un *mandamus* ou une injonction ordonnant à l'intimé de délivrer un certificat de citoyenneté canadienne—Le requérant a volontairement été naturalisé en vertu de la loi américaine et est devenu un citoyen américain—La citoyenneté américaine a par la suite été révoquée—Demande rejetée—Lorsqu'il est devenu citoyen américain, le requérant a automatiquement perdu sa citoyenneté canadienne conformément à l'art. 15(1) de la Loi alors en vigueur—Loi sur la citoyenneté canadienne, S.R.C. 1952, chap. 33, art. 15(1).

OBRONT C. CANADA (SECRÉTARIAT D'ÉTAT) (T-1573-90, juge Pinard, ordonnance en date du 3-7-90, 2 p.)

COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE

SECTION DE PREMIÈRE INSTANCE

Action *in rem* et au besoin ordonnance autorisant la vente du bateau ainsi que de ses agrès, appareils et ameublements, ou ordonnance autorisant la vente du bateau ainsi que l'enlèvement et la vente du bloc moteur diesel—Le bloc a été vendu au propriétaire du bateau au moyen de quatre conventions de vente conditionnelle, et a été livré au constructeur du bateau—Les conventions de vente conditionnelle ont été enregistrées en vertu de la loi provinciale intitulée Conditional Sales Act—Les conventions prévoyaient le paiement si les essais en mer s'avéraient fructueux—Le paiement n'a jamais été fait—Défense et demande reconventionnelle dans lesquelles il est allégué que les questions mentionnées dans la déclaration ne sont pas visées par les art. 22 et 43 de la Loi sur la Cour fédérale—Requête en vue de faire radier la déclaration pour défaut de compétence, ou en vue de faire suspendre la procédure—Les défendeurs ont soutenu (1) que la Cour fédérale n'a pas la compétence voulue étant donné que la demande est fondée uniquement sur la loi provinciale, (2) qu'étant donné que la vente des marchandises a été faite au moyen de conventions de vente conditionnelle selon lesquelles la demanderesse demeurait propriétaire des marchandises, il ne peut pas y avoir d'action *in rem*, (3) que les art. 22 et 43 ne créent pas d'action *in rem* lorsque le fournisseur des marchandises n'a jamais exigé le paiement du propriétaire—Étant donné que la question de savoir si la demanderesse a cherché à se faire payer par les défendeurs est contestée, et qu'aucune preuve par affidavit n'a été présentée, la question doit être tranchée au procès—La compétence conférée à la Cour fédérale par l'art. 22(2)m) et n) n'est pas annulée simplement parce que l'acte de vente est une convention de vente conditionnelle—Le bloc moteur qui a été vendu pour être installé à bord du bateau est une «marchandise... fournie à un navire pour son fonctionnement» au sens de l'art. 22(2)m)—La clause selon laquelle le paiement ne devra être fait qu'après les essais en mer laisse entendre que le moteur doit d'abord être installé, bien que la chose ne soit pas expressément mentionnée—La vente se rapporte en outre à la construction et à l'équipement du navire au sens de l'art. 22(2)n)—L'art. 22(2)m) et n) ne vise pas uniquement les réclamations à l'égard desquelles la propriété des marchandises a été transférée au propriétaire du bateau au sens strict—Les défendeurs soutiennent que les cours provinciales de Terre-Neuve sont celles auxquelles il convient de soumettre l'affaire étant donné que le litige découle d'une convention de vente conditionnelle régie par le droit provincial—Distinction faite avec l'affaire *Yasuda Fire & Marine Insurance Co. Ltd. c. Le navire Nosira Lin*, [1984] 1 C.F. 895 (C.A.)—Il n'est pas prouvé que la justice est faite entre les parties «avec des inconvénients ou des frais beaucoup moindres» si la procédure devant la Cour fédérale est suspendue et si les questions litigieuses sont tranchées par la cour provinciale—La demanderesse subirait un préjudice si elle était contrainte à tenter des poursuites devant un autre tribunal puisqu'elle devrait assumer des frais additionnels—Requête rejetée—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 22(1),(2)m),n)—The Conditional Sales Act, R.S.N. 1970, chap. 56.

CHARLES R. BELL LTD. C. STEPHANIE COLLEEN (LE) (T-2606-89, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 15-6-90, 8 p.)

COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE—

Suite

Requête en suspension des procédures intentées devant le Tribunal de l'aviation civile jusqu'à ce qu'il soit statué sur l'appel qui a été interjeté d'une ordonnance de la Section de première instance rejetant une requête en vue de l'annulation de la décision par laquelle le ministre des Transports a annulé le certificat d'exploitation d'une compagnie d'aviation de la demanderesse—Les procédures dont a été saisi le Tribunal visent la révision des motifs de l'annulation, et le Tribunal peut alors recommander au ministre de confirmer sa décision ou de délivrer de nouveau le certificat—Les défendeurs ne s'opposent pas à la requête de la demanderesse, mais ils réclament une ordonnance enjoignant à la demanderesse de rédiger un dossier d'appel et de prendre toutes les mesures nécessaires afin de poursuivre l'appel aussi rapidement que possible—Ne serait-il pas plus approprié que la Cour d'appel fédérale soit saisie de cette requête?—Distinction faite avec les décisions citées—En l'absence d'une décision établissant clairement que la Section d'appel n'a pas compétence pour accorder l'ordonnance demandée, le juge de première instance n'est pas disposé à statuer sur la requête—Comme l'art. 50(1) de la Loi sur la Cour fédérale établit la compétence de la «Cour», qui est définie comme étant à la fois la Section de première instance et la Section d'appel, le pouvoir que confère l'art. 50(1) échoit aux deux sections, selon le cas, compte tenu des circonstances particulières de l'affaire—Vu que le processus d'appel relève de la compétence de la Section d'appel, il serait plus approprié que cette dernière soit saisie de la requête visant la suspension des procédures intentées devant le Tribunal—Requête rejetée sans interdire la possibilité de présenter une nouvelle requête s'il est statué que la Section de première instance est le tribunal indiqué—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 4, 50(1)—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 1206, 1207.

AZTEC AVIATION CONSULTING LTD. C. CANADA (T-3017-89, juge Reed, ordonnance en date du 15-5-90, 5 p.)

(1) Le défendeur demande, en vertu de la Règle 419f), la radiation de la plaidoirie pour emploi abusif des procédures pour le motif qu'une action visant à obtenir le même redressement a déjà été intentée devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique—Il allègue que la demanderesse veut ainsi exercer des pressions en vue d'obtenir un règlement—Il allègue que l'action ne relève pas de la compétence de la Cour fédérale étant donné que l'accord porte exclusivement sur l'achat de poisson—(2) La demanderesse demande la délivrance d'un mandat de saisie du navire—Une action devant la Cour suprême pour rupture du contrat de pêche que la demanderesse avait intentée contre les propriétaires et affrèteurs du navire défendeur devait être entendue en novembre 1990—La présente action a été intentée le 1^{er} mars 1990 lorsqu'on a saisi le navire défendeur en vertu du mandat décerné par le tribunal—Ordonnance de mainlevée rendue le lendemain pour le motif que la saisie, qui avait eu lieu la veille de l'ouverture de la saison de la pêche au hareng, constituait un emploi abusif des procédures de la Cour compte tenu du stade avancé de l'action intentée devant la Cour suprême—Ordonnance conférant à la demanderesse le droit de demander de nouveau un mandat à la fin de la saison de pêche au hareng ou au saumon—La deman-

COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE—

Fin

deresse exerce un recours contre le navire devant la Cour fédérale au cas où le jugement rendu par la cour provinciale ne serait pas exécuté—(1) La requête du défendeur est rejetée—La déduction qui a été faite au sujet de l'intention de la demanderesse n'est pas concluante—Affaire relevant de la compétence de la Cour dans le domaine maritime: *Kuhr c. Le «Friedrich Busse»*, [1982] 2 C.F. 709 (1^{re} inst.); *Shibamoto & Co. c. Western Fish Producers Inc.* (1989), 63 D.L.R. (4th) 549 (C.A.F.)—Le navire n'est pas partie au contrat, mais il y est mentionné—Les parties avaient clairement l'intention d'utiliser le navire défendeur pour acheter du poisson en mer pour le compte de la demanderesse et c'est ce qu'elles ont fait—(2) La requête de la demanderesse est accueillie étant donné que l'accord conclu par les parties prévoyait l'utilisation du navire défendeur.

SHOGUN SEAFOODS (1985), LTD. C. «SIMON FRASER N° 1» (LE) (T-573-90, juge MacKay, ordonnance en date du 14-6-90, 11 p.)

CONTRATS

Le demandeur demande la répudiation et la rescision du contrat—Subsidiairement, il réclame les dommages-intérêts qui seraient établis à la suite d'un renvoi—Les défendeurs cherchent à faire exécuter le contrat et ont présenté une demande reconventionnelle à l'égard des dépenses supplémentaires assumées—Le demandeur refuse d'accepter le yacht de 60 pieds de long construit par les défendeurs étant donné que, selon les experts, celui-ci n'est pas en mesure d'effectuer des croisières en haute mer et de servir aux affrètements—La construction du yacht a été terminée en retard compte tenu des nombreuses modifications constamment exigées par le demandeur, du nombre insuffisant de travailleurs compétents fournis par les défendeurs et des réparations requises par suite de la mauvaise exécution des travaux—Y a-t-il eu inexécution fondamentale du contrat?—La défenderesse Cooper Enterprises Ltd. est-elle seule responsable?—La construction du yacht n'était pas terminée au moment du procès—Aucune violation fondamentale influant sur les bases mêmes du contrat—Les réparations ont été faites une fois la procédure engagée—La possibilité d'utiliser le bateau pour des croisières en mer dépend de son état au moment de la livraison—D'après la preuve, le navire était en état de navigabilité une fois effectuées les réparations—Un yacht bien construit n'a pas à être conforme aux normes de l'American Bureau of Shipping—De toute façon, cette condition n'est pas stipulée dans le contrat—La réclamation des défendeurs, qui s'élevait à 60 000 \$, est réduite de 30 000 \$, somme qui représente la valeur moindre attribuable aux réparations—Les deux sociétés défenderesses sont responsables—La confusion règne dans le public—Chevauchement des entreprises—Partage des employés—Le défendeur Cooper et sa femme étaient les seuls actionnaires, directeurs et administrateurs des deux sociétés—Voile corporatif levé dans l'intérêt de la justice—Il n'existe aucune preuve directe au sujet de la situation financière de la première société défenderesse, mais il a été prouvé que celle-ci ne s'occupe plus de la construction de bateaux, et qu'avant le procès, elle a vendu son immeuble, ses

CONTRATS—Fin

biens et le moule utilisé pour la construction—Aucune preuve au sujet du placement du produit des ventes.

CASDEN C. COOPER ENTERPRISES LTD. (T-442-88, juge Walsh, jugement en date du 6-6-90, 74 p.)

CORPORATIONS

Responsabilité personnelle des administrateurs—Requête en radiation de la déclaration dans une action en contrefaçon intentée en vue d'obtenir des dommages-intérêts et une injonction permanente interdisant aux défendeurs d'utiliser la marque de commerce de la demanderesse «Dermazulene» en liaison avec des articles de beauté—Il est allégué dans la déclaration que la société défenderesse et les défendeurs particuliers, en leur qualité d'administrateurs uniques de la société, ont importé, distribué et vendu des articles de beauté identiques—Les requérants soutiennent qu'un défendeur n'est pas individuellement coupable du comportement reproché puisqu'il n'est pas l'esprit directeur de la société, et qu'il n'est nullement allégué dans la déclaration qu'il distribuait les produits contrefaits en sa qualité personnelle—On soutient également que le fait pour le défendeur particulier d'avoir répondu au nom de la société défenderesse à la lettre «cesser et s'abstenir» de la demanderesse ne suffit pas à l'impliquer personnellement—D'après le critère énoncé dans *Mentmore Manufacturing Co. Ltd. c. National Merchandising Manufacturing Co. Inc.* (1978), 89 D.L.R. (3d) 195 (C.A.F.), pour qu'il y ait lieu à responsabilité personnelle des administrateurs, il faut que leur participation au comportement constituant de la contrefaçon ait un caractère conscient, délibéré et intentionnel, mais un examen des faits de chaque affaire s'impose—Puisque 1) les défendeurs particuliers sont les uniques administrateurs de la société défenderesse et s'occupent de ses activités quotidiennes; 2) que ce comportement implique la connaissance des actes qui portent atteinte aux droits de la demanderesse, et (3) qu'ils ont agi sans égards aux droits de la demanderesse, celle-ci a droit à un procès où des questions de droit et de fait seront tranchées de façon appropriée—La requête en ordonnance enjoignant de donner des détails concernant l'allégation faite dans la défense selon laquelle le produit de la demanderesse est de qualité inférieure est rejetée—Il convient mieux que les renseignements demandés soient communiqués au cours d'un interrogatoire préalable—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 415, 419.

LABORATOIRE DR. RENAUD INC. C. 537500 ONTARIO LTD. (T-1772-89, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 3-5-90, 9 p.)

COURONNE**CONTRATS**

La demande fondée sur l'art. 18 tend à l'obtention d'un bref de *certiorari* et d'un bref de *mandamus* relativement aux offres de location d'un espace de bureau pour la nouvelle direction de la taxe sur les produits et services du Revenu national à Ottawa—Le ministère des Travaux publics (MTP) a invité quatre sociétés d'Ottawa à faire des offres: Glenview Corp. (Glenview), Thomas C. Assaly Corp. (Assaly), Seltzer

COURONNE—Fin

(Ottawa) Realty Associates (Seltzer) et Sakto Development Corp. (Sakto)—L'appel d'offres prévoit que la Couronne n'est pas tenue d'accepter une soumission—Bien que remplissant les conditions du cahier des charges et étant les moins disants, les offres d'Assaly et de Glenview ont été rejetées puisque le cahier des charges pour l'appel d'offres était lui-même insuffisant—L'offre de Seltzer a au début été acceptée, mais une action en justice a donné lieu à l'obligation par le ministre de réexaminer les quatre soumissions en conformité stricte avec l'appel d'offres (*Thomas C. Assaly Corp. c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, T-720-90, juge Strayer, jugement en date du 19-3-90, encore inédit)—Le MTP a décidé que toutes les offres remplissaient les conditions du cahier des charges, mais il a décidé d'annuler le premier appel d'offres pour faire un nouvel appel à l'intention des quatre mêmes sociétés sur la base d'un cahier des charges amélioré—Compte tenu des nouvelles offres, Assaly a été déclarée adjudicataire—Glenview, Seltzer et Sakto ont été classées respectivement deuxième, troisième et quatrième—Demandes contestant la décision d'annuler l'offre initiale et de faire un nouvel appel d'offres et cherchant à obtenir l'adjudication du contrat—Les requérants n'ont pas établi leur droit à un redressement—Le ministre n'a pas outrepassé son pouvoir discrétionnaire en exerçant le droit de refuser toutes les offres—Le ministre n'est pas tenu d'accepter l'offre du moins disant qui a rempli tous les critères—Le processus du nouvel appel d'offres n'est pas entaché d'injustice—La décision de refuser toutes les offres était motivée par la nécessité de corriger les défauts de l'appel d'offres initial, et reposait donc sur des facteurs raisonnables et pertinents—Un nouvel appel d'offres était la chose la plus équitable à faire—Le ministre n'a pas omis de se conformer à l'ordonnance de la Cour exigeant de réexaminer toutes les offres en conformité stricte avec l'appel d'offres—L'option de rejeter toutes les offres n'est pas exclu par l'ordonnance de la Cour—Le ministre a tout le temps agi de bonne foi—Le secret du processus de la soumission n'est pas violé puisque la connaissance des soumissions pour le premier appel d'offres, compte tenu du nouveau cahier des charges, ne compromet pas le secret des soumissions pour le deuxième appel—Lors même que le secret aurait été violé, il n'y aurait pas lieu au décernement d'un bref de *certiorari*, puisqu'aucune injustice n'en a résulté—Un bref de *mandamus* ne devrait pas être décerné puisque le ministre n'est pas tenu par la loi d'accepter une offre, et on ne saurait recourir à ce bref pour enjoindre d'exercer le pouvoir discrétionnaire d'une certaine manière—La prétention qu'il y a eu injustice sur le plan de la procédure n'est pas fondée, puisque le ministre disposait de tous les renseignements pertinents pour rendre sa décision—Demandes rejetées.

GLENVIEW CORP. C. CANADA (MINISTRE DES TRAVAUX PUBLICS) (T-952-90, juge Denault, ordonnance en date du 24-5-90, 14 p.)

CRÉANCIERS ET DÉBITEURS

La demanderesse, une créancière judiciaire de Lan-Mar Developments Ltd. («Lan-Mar»), cherche à recouvrer du ministre du Revenu national de l'argent qui a été déposé au crédit du compte de retenues sur la paye d'employés—Elle allègue que Lan-Mar n'a pas d'employés et qu'elle n'a pas autorisé le transfert—Le ministre a fait en sorte que le montant porté au crédit

CRÉANCIERS ET DÉBITEURS—Fin

de Lan-Mar soit transféré et affecté au paiement des retenues sur la paye dues par View West Corporation—Les deux sociétés sont possédées en propriété exclusive et contrôlées par le même dirigeant—Dirigeant en faillite—Les avoirs, dont les actions de Lan-Mar, sont sous le contrôle du syndic de faillite—Action rejetée—Fonds à bon droit transférés—Sommes payées par Lan-Mar devant être affectées aux comptes de retenues sur la paye qui sont dues—Preuve selon laquelle Lan-Mar avait des employés—Le défendeur n'a ouvert un compte de retenues qu'à la demande de Lan-Mar, qui l'avait informé qu'elle commençait à exploiter une entreprise comptant 30 employés—Preuve incontestée de vérification selon laquelle certaines sommes étaient dues par Lan-Mar à l'égard de retenues sur la paye—Directives du préposé au greffe responsable visant au transfert de la somme créditée—Le syndic de faillite a probablement autorisé le transfert—Action prescrite—Dette ou droit à une reddition de comptes créés au moment où des sommes d'argent ont été déposées au compte de retenues sur la paye.

335114 ALBERTA LTD. C. CANADA (T-1213-87, juge Rouleau, jugement en date du 14-6-90, 13 p.)

DOUANES ET ACCISE**LOI SUR LES DOUANES**

Pratique—Le ministre a saisi et gardé des marchandises jusqu'au paiement, comme la loi le lui permet—Les demandeurs, qui agissaient pour leur propre compte, s'y sont opposé et ont déposé une déclaration—Ils ont l'intention d'interjeter appel de la décision du ministre—Rejet de la requête en radiation de la déclaration—L'art. 135 de la Loi sur les douanes accorde aux demandeurs le droit d'interjeter appel au moyen d'une déclaration—Loi sur les douanes, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), chap. 1, art. 135.

MATTU C. M.R.N. (T-675-89, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 26-3-90, 4 p.)

DROIT AÉRIEN

Demande fondée sur l'art. 28 tendant à l'annulation d'une décision du Tribunal de l'aviation civile qui a accueilli l'appel formé par l'intimé à l'encontre d'une décision rendue par un tribunal constitué d'un seul membre qui a conclu que l'intimé avait contrevenu à l'art. 534(7) du Règlement de l'Air et qui lui a imposé une amende de 250 \$—Lancement d'une montgolfière sans avoir obtenu l'autorisation nécessaire—Le tribunal a conclu que le règlement n'était pas applicable et que l'autorisation n'était pas nécessaire vu que le lancement n'avait pas eu lieu dans une agglomération urbaine—Demande accueillie—Le site de lancement était une «agglomération urbaine» au sens de l'art. 534(7)—Le site de lancement se trouvait sur le terrain d'une école secondaire située dans les limites de la ville—Il y avait un parc industriel et des quartiers résidentiels dans les environs—

DROIT AÉRIEN—Fin

Règlement de l'Air, C.R.C., chap. 2, art. 534(7) (mod. par DORS/84-305, art. 1).

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. KINSELLA (A-810-88, juge Heald, J.C.A., jugement en date du 16-5-90, 5 p.)

DROIT D'AUTEUR

Action en restitution d'un tableau ou en dommages-intérêts—Le demandeur a fait de la peinture en prison pendant qu'il purgeait une peine d'emprisonnement de dix ans pour vols à main armée—Il est maintenant en liberté et exploite avec succès un atelier d'art et de design commercial—Le tableau est resté à la prison jusqu'au procès—Le demandeur réclame le tableau réalisé en grande partie pendant ses loisirs et non pas dans le cadre de tâches assignées—La défenderesse soutient que le projet de peinture faisait partie tout spécialement d'un programme de réhabilitation, que le demandeur a été payé pour les jours de travail consacrés au parachèvement du tableau afin que celui-ci puisse être accroché dans les locaux de la prison, et que les matériaux ont été payés par la prison—Action rejetée—Les éléments de preuve sont davantage compatibles avec les rapports découlant d'un emploi—Le tableau appartient à la Couronne en vertu de l'art. 13(3) de la Loi sur le droit d'auteur—Il n'y a aucune raison d'appliquer des critères différents aux travaux littéraires ou artistiques effectués en milieu carcéral—Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. (1985), chap. C-42, art. 13(3).

HAWLEY C. CANADA (T-877-88, juge Joyal, jugement en date du 24-4-90, 22 p.)

DROIT MARITIME**CONTRATS**

Le demandeur était propriétaire d'une Rolls-Royce 1927 qui devait être vendue aux enchères à Monaco par Sotheby's le 25 mai 1986—Le véhicule devait être livré à Monaco au plus tard le 21 mai pour y être mis en montre—La défenderesse Magnacargo Ltd. (transitaire) a pris les mesures nécessaires pour le transport du véhicule à Nice (France)—Le demandeur a réservé une place pour le véhicule auprès de la société Cast North America (1983) Inc., en se fondant sur la déclaration de la défenderesse selon laquelle l'arrivée à Nice se ferait le 20 ou le 21 mai—Le 21 mai, Cast North a fait savoir que le navire ne respecterait pas la date d'arrivée estimative—La défenderesse a versé à Cast North une somme supplémentaire pour prévoir un autre moyen de transport afin que le véhicule puisse arriver à Monaco le 25 mai, somme dont elle a été remboursée plus tard par le demandeur—Action pour rupture de contrat contre Magnacargo ou en responsabilité civile pour ne pas avoir rempli l'obligation d'obtenir de Cast North la garantie que le véhicule arriverait à temps—Malgré une mise à prix de 75 000 \$, le véhicule s'est vendu 70 000 \$—Sotheby's a versé la différence conformément au contrat—Le demandeur soutient que le retard dans la livraison a influé à la baisse sur le prix de vente du véhicule, car les acheteurs éventuels n'ont pas pu l'inspecter—Il ressort de la preuve que le demandeur a fait savoir à la

DROIT MARITIME—Fin

défenderesse qu'il était important que le véhicule arrive à temps—La défenderesse était au courant du risque si le navire arrivait en retard, et elle était prête à l'assumer—Elle s'est fondée sur la réputation de Cast North et sur les dates estimatives de départ et d'arrivée et elle n'a pas fait part au demandeur d'inquiétudes au sujet de la date d'arrivée—Le demandeur s'est fié aux déclarations de la défenderesse—Le fait pour la défenderesse de ne pas avoir informé le transporteur de l'importance de la date d'arrivée constitue un acte délictueux et une rupture de contrat—(1) Comme aucun témoignage d'expert n'a été présenté quant à la valeur du véhicule et que la crédibilité du demandeur a été attaquée, (2) comme Sotheby's, qui est une société réputée de ventes aux enchères, a évalué le prix du véhicule de 70 000 \$ à 75 000 \$ et (3) comme il n'y avait aucune obligation de fixer une mise à prix inférieure à la valeur du véhicule, on n'a pas prouvé l'existence de dommages-intérêts en dehors des frais supplémentaires versés à Cast North—Selon la doctrine de la «chance perdue», il n'y a pas eu de préjudice.

BORENSTEIN C. CAST NORTH AMERICA (1983) INC.
(T-1897-86, juge Cullen, jugement en date du 7-5-90,
14 p.)

DROITS DE LA PERSONNE

Demande fondée sur l'art. 28 en vue de contester la décision par laquelle le Tribunal d'appel des droits de la personne a rejeté l'appel interjeté à l'égard d'une décision du Tribunal des droits de la personne—Ce dernier a rejeté la plainte du requérant qui prétendait avoir été forcé de prendre une retraite anticipée non négociée en raison de coupures budgétaires qui ont entraîné des réductions de personnel, lesquelles ont toutes visé le groupe d'employés qui se rapprochait le plus de l'âge de la retraite—Demande accueillie—Le Tribunal s'est trompé sur la question du fardeau de preuve: tandis que la Loi oblige le plaignant à établir une preuve suffisante jusqu'à preuve du contraire de discrimination, le Tribunal l'a obligé à établir une preuve sans équivoque de discrimination fondée sur l'âge—De plus, le Tribunal a mal interprété la loi en concluant que la discrimination devait être le seul motif de décision car la jurisprudence indique qu'il suffit que la discrimination constitue un fondement de la décision de l'employeur—Les deux tribunaux se sont trompés en ce qui a trait à l'examen qu'ils ont fait de la conduite du plaignant—Ils ont formulé des commentaires négatifs sur le fait que son désir initial était de négocier la meilleure entente possible lorsqu'il a appris qu'il était sur le point d'être congédié—On ne peut opposer aucune fin de non recevoir à une personne qui dépose une plainte fondée sur la Loi pour le motif que cette personne a omis de se plaindre immédiatement—Le plaignant disposait d'un an pour porter plainte.

HOLDEN C. COMPAGNIE DES CHEMINS DE FER NATIONAUX DU CANADA (A-151-89, juge MacGuigan, J.C.A., jugement en date du 4-5-90, 5 p.)

EXAMEN DE L'INVESTISSEMENT ÉTRANGER

Pratique—Appel formé contre une ordonnance rejetant une requête interlocutoire en vue d'obtenir l'autorisation de produire des éléments de preuve au moyen d'un affidavit qui réfuteraient des allégations selon lesquelles les appelantes entretiendraient des liens criminels et en vue d'assigner à des fins d'interrogatoire des fonctionnaires du gouvernement relativement à l'influence de la «politique de Sharp» sur l'évaluation gouvernementale du transfert d'actions de la Canadian Transit Company à des sociétés du Michigan—La «politique de Sharp» est un énoncé de politique gouvernementale concernant les ponts internationaux—Une ordonnance antérieure imposait l'obtention d'une autorisation afin de présenter des éléments de preuve supplémentaires après le 28 février 1985—Cette ordonnance relevait de la compétence dont le juge de première instance est investi implicitement pour diriger le procès se déroulant devant lui—Il a bien tenu compte de la nature de la procédure de la requête fondée sur l'art. 20 de la Loi sur l'examen de l'investissement étranger ainsi que des questions dont il était saisi—Il n'y avait aucune erreur dans l'ordonnance refusant d'accorder l'autorisation d'admettre la preuve par affidavit concernant des allégations non fondées d'association avec des criminels—Le critère de la pertinence quant à la question de savoir s'il fallait accorder l'autorisation a été correctement appliqué—Les ordonnances ne privent pas les appelantes du droit à un procès équitable en conformité avec les principes de justice fondamentale prévus à l'art. 2e) de la Déclaration canadienne des droits—Les appelantes continuent de jouir du droit de présenter tous les éléments de preuve pertinents dans le cadre de la requête principale fondée sur l'art. 20 et présentée avec l'autorisation de la Cour—Une telle exigence ne va pas à l'encontre de l'art. 2e)—Appel rejeté—Déclaration canadienne des droits, L.R.C. (1985), Appendice III, art. 2e)—Loi sur l'examen de l'investissement étranger, S.C. 1973-74, chap. 46, art. 20 (abrogé par S.C. 1985, chap. 20, art. 46).

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. CENTRAL CARTAGE CO. (A-307-89, juge en chef Iacobucci, jugement en date du 3-5-90, 5 p.)

FONCTION PUBLIQUE**APPELS**

La demande fondée sur l'art. 28 est rejetée—La question de savoir si le requérant était incapable d'exercer les fonctions de son poste est une question de fait qui doit être tranchée par le Comité d'appel—La décision est raisonnable—Elle ne peut être contestée.

HOMSTEL C. CANADA (COMITÉ D'APPEL DE LA COMMISSION DE LA FONCTION PUBLIQUE) (A-303-89, juge Heald, J.C.A., jugement en date du 14-2-90, 1 p.)

IMMIGRATION

Appel formé contre une décision majoritaire de la Commission d'appel de l'immigration qui a refusé de délivrer un visa à la mère de l'appelant au motif que son admission entraînerait

IMMIGRATION—Suite

ou risquerait d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé—Question en litige: valeur de l'avis médical qui a servi de fondement au refus—La mère de l'appelant a subi une opération chirurgicale pour un cancer du sein en 1982—L'avis médical précisait que le pronostic était incertain et [TRADUCTION] «qu'il était possible que la mère de l'appelant ait ultérieurement besoin de recevoir des services médicaux coûteux et rares—Appel rejeté (juge MacGuigan, J.C.A., dissident)—Le juge Marceau, J.C.A.: Il se peut que le terme «possible» ait été mal choisi vu que la Loi exige que l'appréciation exprime une probabilité, mais lorsqu'on analyse l'avis dans sa globalité, on constate que les médecins ont voulu exprimer une probabilité—De plus, la Cour devrait s'abstenir d'intervenir parce qu'il est évident que l'évaluation de la Commission n'a pas été entachée par une conception erronée de la loi, ni par une compréhension manifestement déraisonnable de l'avis exprimé par les médecins: *Pattar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1988), 8 Imm. L.R. (2d) 79 (C.A.F.)—Le juge Stone, J.C.A.: L'avis des médecins, pris dans sa globalité, ne contient pas d'incongruités susceptibles de l'invalider—Le juge MacGuigan, J.C.A. (dissident): L'appel doit être accueilli—On ne peut pas faire de distinction avec l'arrêt *Badwal c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1989), 64 D.L.R. (4th) 561 (C.A.F.), dans lequel le caractère contradictoire de l'avis a amené la Cour à conclure que le médecin n'avait pas examiné la bonne question; cet arrêt doit être appliqué—En l'espèce, l'avis était contradictoire et la Commission a commis une erreur en arrivant à la conclusion contraire.

BOLA C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-417-88, juges Marceau et Stone, J.C.A. (juge MacGuigan, J.C.A., dissident), jugement en date du 18-5-90, 13 p.)

Appel formé contre une décision de la Section de première instance [(1989), 27 F.T.R. 241] qui a conclu qu'un déni de justice naturelle a été commis à l'égard de la demande de délivrance d'un visa d'immigrant de l'intimé—L'agent des visas a d'abord attribué 8 points au requérant pour son expérience, puis les lui a enlevés—Il a abusivement pris en considération des lignes directrices générales qui n'avaient pas force de loi ainsi qu'une directive du bureau central se rapportant au cas à l'étude—Celles-ci l'ont influencé abusivement dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire que lui a conféré le Parlement—Le juge des requêtes ne s'est pas trompé en concluant à l'existence d'un déni de justice naturelle car l'intimé n'a pas eu la possibilité de réagir à l'intervention du bureau central, dont il n'a rien su, et qui a eu pour effet de lui empêcher d'obtenir un visa—L'appel est rejeté et l'ordonnance de la Section de première instance est modifiée de façon à confier l'examen de la demande de visa de l'intimé à un autre agent des visas.

HO C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-187-89, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 22-5-90, 2 p.)

Appel formé contre une décision par laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a infirmé une décision du ministre selon laquelle les immigrants parrainés n'étaient pas admissibles suivant l'art. 19(1)a(ii) de la Loi—Le refus de l'agent des visas était fondé sur des déclarations signées par deux médecins agréés et indiquant que les deux immigrants (le

IMMIGRATION—Suite

père et sa fille) étaient mentalement arriérés, requéraient des soins, ne pouvaient pas travailler et étaient susceptibles d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux et de santé—Selon les rapports, aucun des deux ne pouvait être autonome sans l'aide de la famille, même s'ils n'avaient pas besoin d'une surveillance permanente, d'une formation spécialisée ou de soins en établissement—En se fondant sur la preuve fournie par le parrain au sujet de la capacité du père de s'occuper d'argent, d'exploiter sa propre ferme, d'élever quatre enfants et de payer leur éducation et de participer aux affaires du village en tant que représentant élu et percepteur d'impôts du gouvernement, la Commission a rejeté comme étant déraisonnables le diagnostic d'arriération mentale présenté par les médecins et le pronostic quant au fardeau excessif pour les services sociaux et de santé—Appel rejeté—Il n'est pas raisonnable de classer les requérants comme inadmissibles suivant l'art. 19(1)a—Bien que la Commission ait eu tort de conclure que le diagnostic d'arriération mentale était «erroné et incorrect», vu qu'il ne lui appartient pas de mettre en doute l'exactitude du diagnostic médical, la Commission était justifiée d'enquêter sur le caractère raisonnable de l'opinion des fonctionnaires—Il n'y avait pas suffisamment d'éléments de preuve sur le plan médical pour justifier la conclusion tirée en ce qui concerne le père—Des faits réfutant la conclusion concernant la fille n'ont pas été pris en considération—La Commission n'avait pas besoin de renseignements médicaux supplémentaires en raison de la nature du problème de santé, à savoir l'arriération mentale, étant donné que les faits étaient simples et ordinaires—De nouveaux éléments de preuve présentés devant la Commission ont été utilisés afin de montrer l'insuffisance des faits sur lesquels se sont fondés les médecins—L'art. 22 des Règlements énonce les facteurs qu'il faut prendre en considération pour décider si une personne n'est pas admissible suivant l'art. 19(1)a) de la Loi—Les médecins ont abordé seulement un facteur, à savoir l'effet de la maladie sur l'employabilité—On élimine la plupart des facteurs en admettant que l'état des personnes concernées ne requiert pas une surveillance et une formation permanentes ni des soins en établissement—L'art. 22 des Règlements ne s'applique pas à l'alphabétisation, à la compétence en matière linguistique, à l'instruction ou à l'autonomie—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 19(1)a(ii)—Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 22 (mod. par DORS/78-316, art. 2).

CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) C. JIWANPURI (A-333-89, juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 17-5-90, 11 p.)

PRATIQUE

Requête en vue d'obtenir l'autorisation, conformément à l'art. 82.1 de la Loi, d'intenter en vertu de l'art. 18 de la Loi sur la Cour fédérale une procédure visant à obtenir un *certiorari* infirmant la décision d'un agent d'immigration qui avait conclu à l'insuffisance des considérations humanitaires à l'appui d'une demande de résidence permanente—*Mandamus* en vue d'obtenir un examen approfondi—Prohibition empêchant la prise d'autres mesures tant que l'examen n'a pas lieu—Demande accueillie—Prorogation d'un jour accordée conformément à l'art. 82.1(5)—L'octroi de l'autorisation dépend de la

IMMIGRATION—Suite

question de savoir si la position des requérants est légitimement défendable ou s'il existe une question importante à trancher—Il existe une question importante à trancher, soit celle de savoir si l'agent d'immigration a adéquatement tenu compte des nouvelles lignes directrices du 20 mars 1990 en se prononçant sur la question des considérations humanitaires—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 82.1 (ajouté, idem (4^e suppl.), chap. 28, art. 19)—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 18.

LEONG C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (90-T-636, juge Dubé, ordonnance en date du 4-7-90, 3 p.)

STATUT DE RÉFUGIÉ

Demande en vertu de l'art. 18 en vue d'obtenir un *certiorari* visant à infirmer la décision qu'avait prise un agent d'immigration de refuser d'examiner le cas du requérant conformément au Programme de révision administrative (révoqué le 23 mars 1989) ainsi qu'un *mandamus* ordonnant à l'intimé d'examiner le cas du requérant—Demande accueillie—En décembre 1989, lorsque la Commission d'appel de l'immigration a accueilli la demande visant à obtenir une prorogation du délai dans lequel le requérant pouvait présenter une requête en vue de faire réexaminer son statut de réfugié, elle a déclaré que la demande était réputée avoir été déposée dans les délais—Ce faisant, la Commission a implicitement rejeté les motifs invoqués par l'agent d'immigration (soit le dépôt tardif) pour refuser de considérer que le requérant était admissible en vertu du Programme d'examen administratif et pour juger que celui-ci n'était pas une «personne dont la revendication faisait partie de l'arriéré»—Le requérant a donc le droit de faire traiter la demande en vertu du Programme étant donné qu'il a un droit acquis à l'égard de l'examen de celle-ci selon le Règlement en vigueur au moment du dépôt.

TOOR C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-851-90, juge Denault, ordonnance en date du 6-6-90, 3 p.)

Le requérant est entré au Canada en provenance du Salvador en 1984—La Commission d'appel de l'immigration a jugé en 1986 qu'il était un réfugié au sens de la Convention—Le ministre a octroyé un permis—Une nouvelle enquête a été entreprise en juin 1989 après le dépôt d'un nouveau rapport en vertu de l'art. 27 de la Loi—L'avocat soutenait que le requérant était un réfugié au sens de la Convention suivant les conclusions de la Commission—L'arbitre a poursuivi l'enquête en présence d'un membre de la section du statut—L'arbitre et le membre de la section du statut ont jugé conjointement que la revendication du statut était recevable par la section du statut—L'arbitre a jugé que les allégations figurant dans le rapport étaient fondées et il a rendu une ordonnance d'expulsion conditionnelle—Une requête fondée sur l'art. 28 et formée contre la décision conjointe est rejetée—La revendication du statut de réfugié par le requérant n'était pas irrecevable par la section du statut selon l'art. 46.01(1)d) de la Loi—L'arbitre était justifié de considérer l'assertion comme une revendication, par le requérant, du statut de réfugié au sens de la Convention—Le statut de réfugié au

IMMIGRATION—Fin

sens de la Convention ne lui avait pas été reconnu définitivement aux termes de l'art. 2(4) de la Loi car ce sont seulement la section du statut, la Cour d'appel fédérale et la Cour suprême du Canada qui ont le pouvoir de reconnaître un tel statut—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 2(4) (mod., idem (4^e suppl.), chap. 28, art. 1), 46.01(1)d) (mod., idem (4^e suppl.), chap. 28, art. 14).

ARDON C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-2-90, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 9-5-90, 4 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU**CALCUL DU REVENU**

Appel formé contre une décision par laquelle la Cour de l'impôt a confirmé une nouvelle cotisation établie par le ministre—Répartition, entre le terrain et les bâtisses, du produit de la vente d'une maison de rapport située à North York—Le ministre a établi la nouvelle cotisation en conformité avec la répartition figurant dans un avenant provisoire au contrat, signé par le vendeur et l'acheteur—Appel rejeté—La demanderesse n'a pas satisfait à l'obligation de réfuter la position du ministre—La répartition a fait l'objet d'une entente entre des parties bien informées agissant sans lien de dépendance—La répartition représentait la même proportion que la répartition convenue par le contribuable au moment de l'achat de la propriété en 1973—La preuve de l'évaluateur expert ne suffit pas à renverser la répartition établie dans deux transactions antérieures, car l'analyse ne comprend pas de transactions similaires dans la même région—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 68.

H. BAUR INVESTMENTS LTD. C. M.R.N. (T-538-88, juge en chef adjoint Jerome, jugement en date du 18-05-90, 5 p.)

Revenu ou gain en capital

Appel de la nouvelle cotisation établie à l'égard de l'impôt sur le revenu de 1977 de la société demanderesse—Celle-ci a déclaré comme gain en capital la part des bénéfices qu'elle a reçue par suite de la vente des unités d'appartements locatifs—Le ministre l'a considérée comme un revenu—La demanderesse exploite une entreprise d'évaluation et de consultation en matière de biens immobiliers—Elle a accepté de mettre à contribution ses connaissances techniques et d'aider à trouver le financement nécessaire pour convertir un terrain appartenant à une autre partie en condominiums en fief simple pour les vendre et partager les bénéfices provenant de leur vente—L'acheteuse trouvée par la demanderesse s'est engagée à acheter à prix réduit et à partager les bénéfices avec le premier propriétaire et la demanderesse—Celle-ci devait recevoir 7% des bénéfices nets après la vente d'unités pour le travail accompli et à la place des honoraires restants—L'acheteuse avait au début l'intention d'exploiter des unités en copropriété et de les vendre—Elle a décidé d'en faire un investissement à long terme et de louer des unités—En raison du contrôle des loyers, elle a modifié ses plans et vendu ses unités—Appel accueilli—Gain en capital—

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

Ce gain ne provient pas d'un risque de caractère commercial—Dans les affaires fiscales, les faits sont d'importance primordiale—La demanderesse a renoncé, en argent liquide, à environ 3/4 des honoraires pour services rendus pour trouver un acheteur et un lotisseur du terrain—Elle s'est vu attribuer un faible pourcentage dans les bénéfices futurs possibles, à l'occasion d'une vente éventuelle—Lorsque la propriétaire a choisi de ne plus vendre ses unités en copropriété pour en faire un investissement à long terme et d'acheter les parts des autres parties, la demanderesse a refusé de vendre la sienne—La demanderesse n'avait pas voix au chapitre lorsque la propriétaire a ultérieurement décidé de vendre toutes ses unités.

W. HANLEY & CO. C. CANADA (T-575-83, juge Collier, jugement en date du 8-5-90, 10 p.)

PRATIQUE

Requête en vue de la production de documents et de la tenue d'un examen préalable à leur sujet—La demanderesse a inclus la somme de 18 256 \$ dans sa déclaration d'impôt pour l'année 1979 au titre des frais d'exploration au Canada pour les frais de perçement de galerie engagés dans l'expansion d'une mine souterraine—À la surface, une mine à ciel ouvert était exploitée—La défenderesse a établi une nouvelle cotisation et a reclassifié le montant comme frais d'acquisition de biens amortissables en se fondant sur la présomption de fait qu'il s'agissait de l'expansion sous terre d'une mine à ciel ouvert—Il a été prouvé que l'affirmation était fondée sur d'autres cas semblables—La défenderesse refuse de produire des documents provenant d'autres dossiers—Requête rejetée—Application du critère de la pertinence fondé sur la règle régissant les appels en matière d'impôt sur le revenu et selon laquelle le contribuable doit avoir accès à tous les documents pertinents ou invoqués par le M.R.N.—Les documents se rapportant à d'autres compagnies minières ne sont pas pertinents—Le ministre ne s'est pas appuyé sur eux pour formuler les présomptions de fait et établir la nouvelle cotisation.

ORO DEL NORTE, S.A. C. CANADA (T-1947-86, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 9-5-90, 8 p.)

RÉSERVES

Nouvelle cotisation pour les années d'imposition 1979 et 1980—Vente d'un immeuble en 1976—Dans un jugement rendu en 1989, la Cour d'appel fédérale a confirmé que le produit de la vente était un revenu et non un gain en capital comme on l'avait déclaré pour les années d'imposition 1976, 1977 et 1978—Traitement fiscal des réserves pour le produit non recouvré pour l'année d'imposition 1979—La nouvelle cotisation de 1979 a été établie en 1987; une réserve de 963 431 \$ était ajoutée au revenu de 1979—Question de savoir si la nouvelle cotisation est prescrite en vertu de l'art. 152(4)c) de la Loi étant donné que plus de quatre années se sont écoulées depuis la date de l'établissement de la cotisation initiale—Nouvelle cotisation non prescrite si le ministre du Revenu national peut prouver qu'en produisant sa déclaration, le contribuable a fait une fausse déclaration attribuable à sa négligence, à son

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

insouciance, à une omission délibérée ou à une fraude—Même si le contribuable savait que le Ministre n'acceptait pas que le produit de la vente de 1976 constituait un gain en capital, il a continué à la traiter ainsi dans la déclaration de 1979—Pratique généralement reconnue comme tout à fait justifiable—Omission d'établir une nouvelle cotisation dans les délais non attribuable à une fausse déclaration du contribuable, mais simplement à l'omission de la part du Revenu national d'examiner les renseignements mis à sa disposition—En ce qui concerne la nouvelle cotisation se rapportant à l'année 1980, le contribuable a réussi à prouver qu'un fait essentiel sur lequel était fondée la cotisation n'existait pas—Aucune règle de *common law* ou d'*équité* n'autorise les autorités fiscales à percevoir le revenu perdu par leur propre négligence—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 152(4)c) (mod. par S.C. 1984, chap. 1, art. 84(3)).

REGINA SHOPPERS MALL LTD. C. CANADA (T-1199-88, T-2085-88, juge Addy, jugement en date du 26-6-90, 11 p.)

INSTITUTIONS FINANCIÈRES

Action fondée sur la Loi sur les prêts aux petites entreprises en remboursement d'une perte de 71 622 \$ résultant d'un prêt de 100 000 \$ consenti en novembre 1983 à Gestion Yves Fortier Inc.—La défenderesse refuse d'indemniser la demanderesse au motif qu'elle aurait exigé un taux d'intérêt supérieur au taux maximal annuel prescrit par règlement ainsi qu'une «taxe» pour fins d'assurance-vie non autorisée par règlement—Le taux convenu dépassait de .5 % le taux maximal annuel prescrit, violant le Règlement applicable et justifiant le refus d'indemnisation—Si ce .5 % ne peut être considéré comme de l'intérêt, il constitue alors une «taxe» prohibée—Le prêt n'étant pas conforme aux exigences de la Loi et du Règlement, la réclamation de la demanderesse est irrecevable—Loi sur les prêts aux petites entreprises, S.R.C. 1970, chap. S-10, art. 3(1) (mod. par S.C. 1985, c. 8, art. 2), (2)f) (mod., idem), (4) (mod., idem)—Règlement sur les prêts aux petites entreprises, DORS/79-151, art. 15(2).

CAISSE POPULAIRE LAURIER C. CANADA (T-1008-86, juge Pinard, jugement en date du 2-3-90, 9 p.)

INTERPRÉTATION DES LOIS

Art. 18(3) de la Loi sur l'assurance-chômage—Requête en annulation d'une décision par laquelle un arbitre a accueilli l'appel à l'encontre d'une décision par laquelle le Conseil arbitral a confirmé la validité d'une réclamation présentée par la Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada en vue du remboursement d'un paiement en trop de 333 \$—Au moment de sa retraite en 1985, le réclamant a reçu un montant forfaitaire de 30 000 \$—Montant réparti à titre de rémunération pour la période allant du 1^{er} mai 1985 au 8 février 1986—Il a eu droit par la suite à douze semaines de prestations ordinaires et à des prestations régionales supplémentaires pendant quatorze semaines—La pension reçue pendant le délai d'attente de deux semaines a été déduite des prestations payables à l'égard

INTERPRÉTATION DES LOIS—Fin

des trois premières semaines de prestations—Après l'entrée en vigueur de modifications à la Loi sur l'assurance-chômage le 5 avril 1987, la Commission a conclu que la pension ne constituait plus une rémunération durant le délai d'attente de deux semaines—Le remboursement au réclamant des prestations retenues durant les trois premières semaines entraînait un paiement en trop—L'art. 18(3) prévoit que, lorsqu'une personne prouve qu'au cours d'une période de référence, elle ne pouvait, pendant une ou plusieurs semaines, établir un arrêt de rémunération à cause de la répartition, aux termes des règlements d'application de l'art. 58, de la rémunération qu'elle avait touchée en raison de la rupture de tout lien avec son ancien employeur, cette période de référence est prolongée—L'intimé a soutenu que l'art. 18(3) visait une période de référence de quarante semaines durant lesquelles les prestations de pension allouées n'auraient pas dû être prises en considération, ce qui lui donnait droit à cinquante-deux semaines de prestations régulières, et non pas seulement aux douze semaines reçues—L'arbitre a conclu que l'art. 18(3) s'appliquait, même si on y utilisait le présent, car il concernait des événements passés et qu'aucune date d'interruption n'était imposée—La décision du Conseil a été annulée pour le motif qu'il avait commis une erreur en confirmant que l'art. 18(3) s'applique seulement aux réclamations faites après l'entrée en vigueur du paragraphe—Requête accueillie—Il existe une présomption à l'encontre de l'effet rétroactif des lois—L'art. 18(3) ne s'applique de façon rétroactive ni expressément ni implicitement—La Commission s'est conformée à la loi qui existait au moment où les prestations régulières et les prestations étendues ont été versées—Le droit nouveau n'a pas de conséquence préjudiciable pour les droits, les obligations ou les devoirs de l'intimé—La loi est interprétée comme ayant un effet rétroactif seulement lorsqu'une personne subirait un préjudice—La rétroactivité favoriserait l'intimé car il aurait droit à des prestations majorées—Comme l'intimé n'a pas satisfait à l'obligation qui lui incombait de réfuter la présomption de non-rétroactivité, l'arbitre a commis une erreur en concluant que l'art. 18(3) avait un effet rétroactif—Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, S.C. 1970-71-72, chap. 48, art. 18(3) (mod. par S.C. 1987, chap. 17, art. 8)—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28.

CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) C. SNEYD (A-430-89, juge Urie, J.C.A., jugement en date du 30-5-90, 6 p.)

MARQUES DE COMMERCE

Demande d'injonction visant à empêcher la défenderesse de porter atteinte au droit exclusif des demandeurs à l'emploi des marques de commerce déposées «Transit» et «Transbec» et ainsi faire cesser l'emploi par la défenderesse de sa dénomination sociale «Les Aliments Trans Gras Inc.» ou sa version abrégée «Transgras», à titre de nom commercial, marque de commerce ou autrement—Les deux sociétés demanderesse exploitent, à Laval (Québec), une entreprise de vente et de distribution de sous-produits de porc et de boeuf—La défenderesse exploite une entreprise semblable à Drummondville—Le nom commercial «Les Aliments Trans Gras Inc.», seul ou avec le dessin des lettres A, T et G, ne crée pas de la confusion avec une ou plusieurs des marques des demandeurs au sens de l'art. 6 de la Loi

MARQUES DE COMMERCE—Suite

sur les marques de commerce—Absence de preuve sérieuse de confusion réelle—On ne saurait parler, non plus, de vraisemblance de confusion—Action rejetée.

AYOTTE C. ALIMENTS TRANS GRAS INC. (T-686-88, juge Pinard, jugement en date du 9-4-90, 15 p.)

Requête en injonction interlocutoire visant à empêcher la défenderesse d'utiliser certaines marques et noms de commerce en liaison avec des produits pharmaceutiques, et de faire de la contrefaçon ainsi que des affaires de façon à causer de la confusion entre les marchandises—Toutes les préparations pharmaceutiques concernées par l'action sont vendues sur ordonnance seulement—Requête rejetée—L'action de la demanderesse n'est pas frivole—Il est possible qu'il y ait une question sérieuse à trancher—La défenderesse a de fortes chances d'obtenir gain de cause sur la question de la confusion étant donné que les pharmaciens, qui sont habitués d'établir des distinctions subtiles entre des produits chimiques portant des noms similaires, seraient capables de faire la distinction entre deux noms ou deux marques de commerce—Le partage des inconvénients favoriserait la défenderesse—L'octroi de dommages-intérêts constituerait une indemnisation suffisante.

NOVOPHARM LTD. C. NU-PHARM INC. (T-3015-89, juge Pinard, ordonnance en date du 18-5-90, 5 p.)

CONTREFAÇON

Injonction interlocutoire—La demanderesse a enregistré la marque de commerce «Newport» qu'elle utilisait pour des ventilateurs de plafond—Elle importait, commercialisait et vendait cette marchandise au Canada depuis deux ans et demi—La défenderesse est une entreprise bien connue qui s'occupe de la distribution et de la vente de bois, de matériel électrique et mécanique ainsi que d'appareils ménagers; elle offre en vente divers modèles de ventilateurs de plafond, dont l'un est appelé «Newport»—La défenderesse reconnaît la marque de commerce de la demanderesse, mais continue à vendre les stocks existants—Elle invoque les frais qu'elle devrait assumer pour enlever l'inscription «Newport»—Injonction accordée—Preuve *prima facie* de contrefaçon—Les ventilateurs de plafond constituent la seule marchandise vendue par le propriétaire inscrit qui se soit toujours bien vendue—La défenderesse utilise le même nom pour des marchandises identiques—Marque enregistrée présumée valide—Préjudice irréparable subi par la demanderesse qui est propriétaire de la nouvelle marque—Pénétration du marché jusqu'à ce jour restreinte—Il est difficile de déterminer le préjudice subi si la défenderesse utilise la marque dans le cadre d'un réseau bien connu de distribution et de vente au détail et de programmes de stratégie commerciale de masse—Le modèle «Newport» est l'un des 16 modèles de la défenderesse, lesquels portent tous des noms différents—La défenderesse ne subira aucun préjudice irréparable—La balance des inconvénients penche du côté de la demanderesse—Frais en faveur de la défenderesse étant donné que la demanderesse a déjà refusé une offre identique aux conditions de l'ordonnance—Les frais entre procureur et client de la défenderesse s'élevaient à plus de 25 000 \$—Les frais exigés par un procureur à son client ne doivent pas être considérés comme un prix

MARQUES DE COMMERCE—Suite

minimum dans une vente aux enchères—Des frais d'au plus 3 000 \$ sont adjugés.

NEWPORT FAN CO. C. BEAVER LUMBER CO. (T-2016-89, juge Joyal, ordonnance en date du 25-5-90, 11 p.)

Demande d'injonction interlocutoire destinée à empêcher les défenderesses de contrefaire le dessin de marque «HQ» inscrit en grosses lettres cursives avec la mention «The Headquarters Companies» imprimée en dessous en très petits caractères—Marque enregistrée au Canada—Compte tenu de la conduite des parties, la balance des inconvénients penche du côté de la demanderesse—L'entreprise de la demanderesse fournit des services de soutien à des clients et vend accessoirement des fournitures de bureau—Les défenderesses vendent des fournitures de bureau et accessoirement, elles fournissent des services de soutien—La demanderesse exploite son entreprise aux États-Unis depuis 1978 et la défenderesse depuis 1988—Il règne une confusion considérable en Californie—Une action en contrefaçon de la marque de commerce a été intentée en Californie, mais aucune injonction interlocutoire n'a été accordée étant donné que la demanderesse a attendu pendant près d'un an avant d'agir—Lorsque les défenderesses ont commencé à exploiter leur entreprise au Canada, la demanderesse a intenté une action en violation et a demandé la présente injonction—Les défenderesses ne se sont pas présentées devant le tribunal avec les «mains propres»—La demanderesse a établi l'existence d'une question importante à trancher—Probabilité de confusion au Canada—L'argument des défenderesses selon lequel l'octroi d'une injonction interlocutoire aurait en réalité pour effet de trancher la question est rejeté étant donné qu'il n'existe aucun élément à l'appui de cette conclusion—Les défenderesses n'ont pas établi l'existence d'un préjudice irréparable—Les dommages que subiraient probablement les défenderesses sont plus faciles à compenser au moyen de dommages-intérêts que ce ne serait le cas pour la demanderesse—En outre, il est tout à fait opportun de maintenir le statu quo—Injonction interlocutoire accordée contre HQ Office International, Inc. et contre HQ Office International (Canada) Ltd.

HQ NETWORK SYSTEMS, INC. C. HQ OFFICE SUPPLIES WAREHOUSE, INC. (T-589-90, juge Reed, ordonnance en date du 31-5-90, 17 p.)

ENREGISTREMENT

Opposition—Charge de la preuve—Appel d'une décision du registraire rejetant une opposition qui avait été formée à la suite de la présentation d'une demande par l'intimée en vue de faire enregistrer la marque «Molson's Blue»—Le registraire a-t-il eu tort de rejeter l'opposition fondée sur l'inobservation de l'art. 29b)?—A-t-il mal interprété la charge incombant à l'opposant en exigeant une preuve analogue à celle qui s'applique en droit pénal?—Appel rejeté—Question de fait—La Cour hésite à infirmer la décision—En appel, l'appelante n'a pas présenté d'éléments supplémentaires de preuve en vue de contredire la conclusion du registraire, à savoir que la preuve par affidavit était inadmissible, non pertinente et insuffisante—Il faut présenter une preuve suffisante pour persuader le juge des faits

MARQUES DE COMMERCE—Suite

de l'exactitude des faits allégués—Loi sur les marques de commerce, S.R.C. 1970, chap. T-10, art. 29b).

JOHN LABATT LTÉE C. LES COMPAGNIES MOLSON LTÉE (T-458-85, juge McNair, jugement en date du 18-6-90, 10 p.)

PRATIQUE

Requête, en appel d'une décision du registraire des marques de commerce, en vue d'obtenir une ordonnance destinée à faire proroger le délai dans lequel l'appelante devait présenter sa preuve—Selon la jurisprudence, les tribunaux doivent tenir compte tant des raisons du retard que de la valeur intrinsèque des affidavits—Dans ce cas-ci, le retard (qui était de 14 mois, alors que le délai prévu par la règle était de 15 jours) et le manque d'excuse l'emportent sur la valeur possible des affidavits—Requête rejetée.

MAXIM'S LTD. C. MAXIM'S BAKERY LTD. (T-406-89, juge Strayer, ordonnance en date du 29-6-90, 4 p.)

Requête en vue de faire radier les affidavits déposés en appel par l'appelante à la suite de la décision du registraire de ne pas radier la marque de commerce enregistrée en vertu de l'art. 45 de la Loi et en vue d'obtenir une prorogation du délai dans lequel des affidavits pourraient être déposés pour le compte des intimés—De plus, requête par l'appelante en vue de contre-interroger les auteurs des affidavits déposés devant le registraire—Requête en radiation rejetée étant donné que les Règles autorisent les deux parties à déposer une preuve par affidavit dans des appels interjetés contre une décision du registraire—Étant donné que les Règles ne disent rien au sujet du contre-interrogatoire de l'auteur d'un affidavit dont le témoignage n'a pas été présenté à l'audience, une comparaison est faite avec une demande en vue d'obtenir la permission de contre-interroger les auteurs des affidavits qui ont été déposés—Étant donné que le contre-interrogatoire n'est pas autorisé dans les appels fondés sur l'art. 45, où la preuve pourrait être contestée au moyen d'affidavits déposés en réponse, l'autorisation de contre-interroger est par les présentes refusée—En ce qui concerne la prorogation, le nouveau délai court à compter de la date de la présente audience.

MEREDITH & FINLAYSON C. CANADA (REGISTRAIRE DES MARQUES DE COMMERCE) (T-1108-90, protonotaire-chef adjoint Giles, ordonnance en date du 13-6-90, 3 p.)

Demande en vue de faire suspendre l'exécution d'une partie de l'ordonnance rendue par la Cour au sujet de la garde de produits saisis qui étaient en la possession des défendeurs conformément à une ordonnance du genre Anton Piller qui avait été rendue *ex parte* et qui autorisait la demanderesse à prélever un échantillon en vue d'une analyse—Étant donné que les défendeurs ont l'intention d'en appeler de l'ordonnance, ils veulent une suspension pour le motif que le prélèvement d'un échantillon aurait pour effet de rendre l'appel inutile—Requête rejetée—Les défendeurs n'ont pas établi que l'analyse d'un échantillon causerait un préjudice justifiant la suspension—D'autre part, les demandereses subiraient un préjudice étant donné

MARQUES DE COMMERCE—Fin

qu'elles ne pourraient pas exécuter l'ordonnance judiciaire obtenue en bonne et due forme—Il n'est pas opportun pour la Cour d'examiner de nouveau les critères normaux qui sont utilisés en vue de l'octroi d'une injonction interlocutoire lorsque ceux-ci ont déjà été examinés et appliqués par le juge qui a entendu la requête, pour le seul motif que l'ordonnance fait l'objet d'un appel.

WELLCOME FOUNDATION LTD. C. APOTEX INC.
(T-1458-90, juge Dubé, ordonnance en date du 14-6-90,
3 p.)

PÉNITENCIERS

Appel formé contre l'ordonnance ([1990] 1 C.F. 321) annulant la décision du commissaire du Service correctionnel rejetant le grief déposé par l'intimé à l'encontre du rejet de sa demande de participation au Programme des visites familiales privées—Avant son incarcération, l'intimé entretenait une relation homosexuelle—Appel rejeté—Lorsqu'il exerce son pouvoir discrétionnaire, le commissaire ne peut adopter une politique qui exclue les conjoints de droit commun du même sexe—Lorsqu'il prend une telle décision, le commissaire refuse d'exercer son pouvoir discrétionnaire—Le but du programme de visites ainsi que le libellé non juridique de la directive du commissaire au sujet des conjoints de droit commun et des parents faisaient en sorte que la directive pouvait s'appliquer aux conjoints de droit commun du même sexe—La Cour n'a pas examiné les questions dans l'optique de la violation de la Charte—L'affirmation du procureur général voulant que l'orientation sexuelle soit un motif visé par l'art. 15 de la Charte n'avait pas été faite devant le juge de première instance.

VEYSEY C. CANADA (COMMISSAIRE DU SERVICE CORRECTIONNEL) (A-557-89, juge en chef Iacobucci, juges Urie et Décary, J.C.A., jugement en date du 1-5-90, 7 p.)

PEUPLES AUTOCHTONES

Demande visant à obtenir une ordonnance portant révocation ou modification de l'ordonnance (*Joe c. John*, T-1311-88, ordonnance en date du 23-9-88, C.F. 1^{re} inst., encore inédite) selon laquelle seuls les intimés étaient habilités à s'occuper des affaires de la bande et qui a enjoint un déblocage des fonds de la bande détenus en dépôt par certaines institutions bancaires ou financières—La présente procédure fait partie d'une lutte très longue entre deux factions rivales pour le contrôle de la gestion des affaires de la bande des Miawpukek à Conne River (Terre-Neuve)—En choisissant les intimés, le juge des requêtes a suivi la décision des autorités fédérales de reconnaître les intimés comme l'autorité unique, et il a fait savoir que l'ordonnance ne constituait pas une décision définitive sur le fond—La Cour a compétence pour connaître de l'affaire, puisque la question de savoir quelle partie est le conseil de bande légitime doit être tranchée par la coutume, ainsi que le reconnaît la Loi—Il n'y a pas de preuve que les intimés ont violé les conditions de l'actuelle entente de financement—La Cour n'a pas compétence pour ordonner le paiement des frais professionnels des procureurs et du vérificateur des requérants au moyen des fonds

PEUPLES AUTOCHTONES—Fin

généraux de la bande—Distinction faite entre les frais et les dépens—De même, puisque la Loi sur les Indiens limite l'utilisation des fonds de la bande sans le consentement du conseil de bande, la Cour ne saurait ordonner ledit paiement—Étant donné la preuve que de grosses sommes prélevées sur les fonds de la bande pour régler les frais de services juridiques n'ont pas été utilisées dans l'intérêt général de la bande, mais étaient destinées au soutien des intimés dans le litige et au maintien de leur contrôle des affaires de la bande, les intimés n'ont pas de façon appropriée servi les intérêts de la bande—La justice exige l'annulation de l'ordonnance—Le procureur général aurait dû se faire constituer partie intervenante au lieu d'agir comme *amicus curiae* puisque la position contre les requérants est incompatible avec le rôle d'*amicus curiae*.

BANDE INDIENNE MIAWPUKEK C. BANDE INDIENNE MIAWPUKEK (T-1311-88, juge McNair, ordonnance en date du 24-5-90, 17 p.)

Tierce saisie (Banque de Montréal) versant 35 448 \$ au tribunal à l'aide du compte courant de la débitrice judiciaire (la bande indienne Westbank)—Requête de la débitrice judiciaire en vue de faire infirmer l'ordonnance de saisie-arrêt et de se faire remettre la somme versée—La somme versée au tribunal par la tierce saisie provient de l'argent remis à la bande indienne par l'Administration fédérale en vertu d'un accord que la bande avait conclu avec Sa Majesté—Question de savoir si une tierce partie, qui n'est pas indienne, peut réclamer, au moyen d'une ordonnance de saisie-arrêt, l'argent remis à la bande par l'administration fédérale—En vertu de l'art. 90(1) de la Loi sur les Indiens, cet argent est toujours réputé situé sur une réserve, et en vertu de l'art. 89(1), les biens (y compris l'argent) d'une bande située sur une réserve ne peuvent pas faire l'objet d'une réquisition, d'une exécution ou d'une saisie en faveur d'une personne autre qu'un Indien ou une bande—L'argent remis à la bande par Sa Majesté n'est pas assujéti à une saisie devant ce tribunal—Ordonnance de saisie-arrêt infirmée, la somme versée au tribunal conformément à cette ordonnance devant être remise à la débitrice—Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), chap. I-5, art. 89 (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), chap. 17, art. 12), 90.

BANDE INDIENNE WESTBANK C. ROBERTSON (T-340-89, juge MacKay, ordonnance en date du 15-6-90, 6 p.)

PRATIQUE

Changement du lieu du procès—La défenderesse a inscrit une requête en vue d'obtenir des précisions concernant la déclaration et donné un avis approprié de ladite requête, laquelle devait être présentée à Montréal—La demanderesse a tenté d'obtenir un changement du lieu du procès, en alléguant que la requête de la défenderesse était frivole et vexatoire et lui ferait engager des dépenses excessives—On a soutenu que les Règles de procédure civile de l'Ontario devraient s'appliquer pour combler une lacune des Règles de la Cour fédérale—L'argument voulant que puisque la requête de la demanderesse est habituelle, elle ne peut donc être ni frivole ni vexatoire n'est pas très persuasif étant donné la tendance regrettable, dans les cas de violation des marques de commerce, à présenter une avalanche de requêtes—La décision quant à savoir si la requête est frivole

PRATIQUE—Suite

et vexatoire devra être prise au moment où la décision sera rendue au sujet de la requête—À ce stade-ci, tout ce que l'on peut trancher de façon appropriée, c'est la question de savoir si la demande de précisions peut être autre chose qu'une requête frivole et vexatoire—Les frais de déplacement sont à peu près équivalents entre les parties—Il est peu réaliste d'appliquer la Règle 37.03(2)a) des Règles de l'Ontario, qui exige que la requête soit inscrite dans le comté où la partie intimée exerce ses activités—L'art. 68 du Code de procédure civile du Québec n'est pas analogue, car la Section de première instance de la Cour fédérale est un tribunal unique—La Règle 5 de la Cour fédérale permet de faire une analogie avec d'autres règles de la Cour fédérale—La Règle 483 indique que le lieu de l'audience est déterminé par des critères d'ordre pratique—Il y a un partage égal des inconvénients—Il n'y a aucune raison de changer le lieu de l'audience—Parmi les solutions de rechange moins coûteuses, mentionnons la possibilité d'une réponse écrite selon la Règle 325, d'un mandat ou d'une conférence téléphonique—Requête en changement du lieu du procès rejetée—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 5, 324, 325, 483—Code de procédure civile, L.R.Q., chap. C-25, art. 68—Ontario Rules of Civil Procedure, Règle 37.03(2)a).

SCHUBERT INDUSTRIES INC. C. MATELAS PRINCESSE LTÉE (T-2067-89, protonotaire-chef adjoint Giles, ordonnance en date du 8-5-90, 4 p.)

FRAIS ET DÉPENS

Taxation—Rappel du fait que, sous le régime de la Règle 321, un affidavit reposant sur du oui-dire auquel prête serment quelqu'un qui n'a pas lui-même connaissance des faits est autorisé seulement lorsque la meilleure des preuves, à savoir la déposition sous serment de la personne qui sait, ne peut être obtenue—La somme de 10 550,42 \$ réclamée pour la photocopie est réduite à 7 456,87 \$ puisque le prix de 0,45 \$ d'une copie pour la reproduction à l'intérieur est réduite à 0,15 \$ par copie—Les frais de communication de 4 059,81 \$ pour les appels interurbains, le courrier, la livraison et les copies par télécopieur sont réduits à la somme de 2 030,16 \$—Les frais de voyage engagés par l'avocat principal et l'avocat adjoint pour se rendre à St. Louis, Missouri (É.-U.) pour rencontrer le client sont réduits à 428,80 \$, puisque la présence des deux avocats n'était pas justifiée—Le coût du voyage à New York fait pour rencontrer l'avocat américain de marques commerce qui occupait pour le client n'est pas accepté—La demande de frais de voyage par avion entre St. Louis et Toronto engagés pour permettre à l'avocat du cabinet pour Anheuser-Busch aux É.-U. d'assister à l'interrogatoire préalable est rejetée, puisqu'il n'avait pas le droit de plaider devant cette cour—Les frais de 16 625,74 \$ engagés pour retenir les services d'adjoints et d'enquêteurs dans la recherche sont réduits à 5 495,44 \$—La réclamation de 1 311 \$ pour la préparation de la correspondance est rejetée, parce que cette préparation fait partie du service rendu par l'avocat et qui a été déjà taxé—Le mémoire de frais de 54 644,98 \$ pour ce qui est du mémoire principal et de

PRATIQUE—Suite

781,62 \$ pour ce qui est du mémoire supplémentaire sont taxés aux sommes de 35 689,15 \$ et de 497,62 \$ respectivement.

CARLING O'KEEFE BREWERIES OF CANADA LTD. C. ANHEUSER-BUSCH, INC. (T-298-80, officier taxateur Clegg, taxation en date du 23-4-90, 11 p.)

Stagiaires—Les frais et dépens des stagiaires en tant que partie intégrante des dépens procureur-client—Une lettre de clarification a été envoyée à l'officier taxateur après réception des motifs de taxation—On y déclarait que le travail des stagiaires était indiqué comme poste distinct dans le projet de mémoire mais que ce n'était pas l'habitude du cabinet de le mentionner dans le compte envoyé au client à moins qu'on se soit engagé à fournir des services selon un taux horaire—Les stagiaires font du travail de recherche qui n'apparaît pas dans les frais d'avocat—L'officier taxateur a confirmé que les frais associés au travail exécuté par les stagiaires est dûment taxable étant donné que le cabinet d'avocats facture les frais dont le client est responsable—Le principe fondamental est que la partie perdante est tenue d'indemniser la partie gagnante dans la mesure où cette dernière est tenue de payer son avocat pour les services professionnels rendus—Le mémoire de dépens divulgue les frais des stagiaires mentionnés à un taux inférieur pour toute une gamme de services juridiques—La facture envoyée au client ne figure pas en preuve—La lettre laisse supposer que les étudiants effectuent un travail considérable qui ressemble aux services dûment taxables à titre de débours, tel que le travail de recherche.

TNT CANADA INC. C. T.N.T. MOTOR LINES LTD. (T-4637-81, officier taxateur Stinson, ajout à la taxation en date du 11-5-90, 2 p.)

Stagiaires—La défenderesse a été déclarée coupable d'outrage au tribunal—Des frais entre procureur et client ont été adjugés à la demanderesse—L'avocat de la défenderesse n'a pas comparu à la taxation—La défenderesse a reçu les avis appropriés—Le plaideur qui choisit de ne pas comparaître ne devrait pas se prévaloir de ce que l'officier taxateur renonce à sa position de neutralité pour contester des postes particuliers—Les frais présentés de 9 706,23 \$ sont taxés à la somme de 9 077,33 \$—Les frais engagés pour les services de stagiaires, à titre de frais entre parties, peuvent être accordés—Le travail accompli sous la surveillance de l'avocat principal fait partie intégrante du litige—Une série de décisions dans l'affaire *McCain Foods Ltd. c. C.M. McLean Ltd.* (1979), 47 C.P.R. (2d) 128 (C.F. 1^{re} inst.); (1980), 51 C.P.R. (2d) 23 (C.A.F.); (1980), 52 C.P.R. (2d) 230 (C.F. 1^{re} inst.) n'empêche pas la taxation des frais de stagiaires—Il ressort de ces décisions que les frais sont taxables s'ils sont engagés dans le cadre du service rendu par l'avocat—Ces décisions constituent des opinions incidentes pour ce qui est des factures procureur-client—La question des frais forfaitaires entre parties est abordée—Selon le témoin, son bureau d'avocats distingue en pratique dans la facture destinée au client les services de stagiaires et ceux de l'avocat superviseur—Ces frais relèvent de l'exception notée par la C.A.F. dans *McCain*—En vertu de l'art. 26 de la Legal Profession Act, des particuliers autres que des avocats peuvent pratiquer le droit sous certaines conditions—Le travail de stagiaires

PRATIQUE—Suite

n'est pas couvert par les frais généraux du bureau—The Legal Profession Act, S.B.C., chap. 25, art. 26.

TNT CANADA INC. c. T.N.T. MOTOR LINES LTD.
(T-4637-81, officier taxateur Stinson, taxation en date du 24-4-90, 6 p.)

La somme de 5 422,46 \$ réclamée pour la photocopie maison de 11 476 copies à 0,45 \$ l'unité est ramenée à 0,20 \$ l'unité, mais pour 4 069 copies seulement, soit les pièces produites lors du procès, pour un total de 813,80 \$—Les frais de photocopie de la jurisprudence et de la doctrine sont ramenés de 1 739,81 \$ à 1 242,70 \$ car une copie au lieu de trois aurait suffi pour les trois avocats des appelants—La somme de 1 077 \$ réclamée pour la deuxième copie du mémoire d'appel est supprimée car la copie n'a été faite que pour la commodité du deuxième avocat des appelants—Le montant réclamé pour la préparation de la correspondance entre l'avocat et le client est rejeté parce qu'il est inclus dans les frais des procureurs déjà taxés—Le mémoire des frais et le mémoire des frais supplémentaire sont taxés et approuvés à 3 522,42 \$.

CARLING O'KEEFE BREWERIES OF CANADA LTD. c. ANHEUSER-BUSCH, INC. (A-14-83, officier taxateur Clegg, taxation en date du 23-4-90, 5 p.)

JUGEMENTS ET ORDONNANCES

Annulation ou modification

Demande de prorogation de délai en vue de produire l'affidavit requis à l'appui d'une demande d'autorisation d'introduction d'une procédure fondée sur l'art. 28 qui a été rejetée pour omission d'établir les motifs de la prorogation—Requête visant à faire réexaminer cette ordonnance en vertu de la Règle 337(5) des Règles de la Cour fédérale pour la raison que les motifs de la demande de prorogation de délai ont été omis accidentellement de l'avis de requête—Demande rejetée—Le fait pour une partie de ne pas inclure les renseignements disponibles ne confère pas le pouvoir de réexaminer une décision qui tranche définitivement une question—La Règle 337 envisage le cas d'un oubli de la part de la Cour, non pas de l'une des parties—Ce n'est pas non plus un oubli envisagé par la Règle 1733, qui permet la modification lorsque le motif se présente après le prononcé de l'ordonnance ou est découvert par la suite—Bien que l'arrêt *Saywack c. Canada (ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1986] 3 C.F. 189 (C.A.) montre la volonté de la Cour d'être généreuse pour déterminer si quelque chose qui a été omis dans le document initial a été découvert par la suite, le présent oubli n'est pas de ce genre—Demande rejetée—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 337(5), 1733—Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration, DORS/89-26, Règle 9(1)—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28.

BOATENG C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (90-A-1313, juge Mahoney, J.C.A., ordonnance en date du 31-5-90, 2 p.)

PRATIQUE—Suite

PLAIDOIRIES

Requête en radiation

Les déclarations en cause constitueraient des abus de procédure car les parties et les revendications sont similaires, ou grandement similaires, à celles d'une action en cours devant la Cour suprême de l'Ontario—Onze actions ont été intentées devant la Cour fédérale en violation de marques de commerce, du droit d'auteur et d'autres prétendus droits—Les allégations de fait et la réparation demandée devant les deux tribunaux sont identiques—Requêtes rejetées—Bien qu'il s'agisse de la même demanderesse, les défenderesses ne sont pas les mêmes—Si la Cour suprême de l'Ontario devait conclure à une violation de droits dans l'action dont elle a été saisie, cela n'aurait pas pour effet d'accorder un recours contre les défenderesses dans les actions en Cour fédérale—Il est possible que les conclusions de fait ne concordent pas, mais il n'est pas évident quelle Cour devrait suspendre l'action—Il est possible qu'il existe un autre recours en Cour fédérale.

94272 CANADA LTD. c. MOFFATT (T-520-90, protonotaire-chef adjoint Giles, ordonnance en date du 10-5-90, 5 p.)

Le demandeur a retenu les services d'un cabinet d'avocats afin de le représenter à une enquête sur le décès de son frère, qui était détenu au pénitencier de Kingston—On a refusé à l'avocat de ce cabinet la possibilité de contacter immédiatement les détenus désirant fournir des renseignements sur le décès—Une action fut intentée en vue d'obtenir une injonction afin d'obliger les défendeurs à permettre à l'avocat de contacter les détenus et en vue également d'obtenir un jugement déclaratoire portant que le cabinet pouvait contacter les détenus concernés—Cette permission a été accordée deux jours après la signification de la déclaration—La déclaration dans sa forme actuelle est radiée—Aucune «controverse valable» ne vient appuyer l'action des demandeurs—La déclaration ne satisfait pas aux critères énoncés dans l'arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, pour justifier l'exercice de la discrétion d'entendre l'affaire malgré son caractère théorique—Compte tenu des principes régissant l'octroi d'un jugement déclaratoire et formulés dans l'arrêt *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, la Cour ne peut pas ignorer le fait que toute la déclaration est structurée selon la situation de fait réglée au moment de l'octroi de la permission de contacter les détenus—Habituellement, la Cour n'accorde pas de jugement déclaratoire lorsqu'il s'agit d'une question théorique—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 419.

TAYLOR, SUCCESSION C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-818-90, juge Dubé, ordonnance en date du 25-5-90, 4 p.)

PREUVE

Commission rogatoire

L'appel formé contre une ordonnance limitant l'accès de l'appelant à des dépositions recueillies par une commission rogatoire est rejeté—On n'a pas convaincu la Cour que le juge

PRATIQUE—Fin

de première instance a commis une erreur en exerçant son pouvoir discrétionnaire—Le juge de première instance était préoccupé par l'équité du processus du procès lui-même et non par la publication des dépositions.

BANDE INDIENNE DES SARCIS C. CANADA (A-120-90, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 7-5-90, 1 p.)

REJET DES PROCÉDURES*Défaut de poursuivre*

Action en dommages-intérêts intentée en juin 1979 pour lésions corporelles résultant d'une opération subie par le demandeur pendant qu'il était détenu dans un établissement fédéral—Le demandeur n'a pris aucune mesure depuis le mois de mars 1980, malgré les demandes subséquentes des défendeurs—L'avocat du demandeur a reconnu que de 1981 à 1987, il a oublié le dossier—Requête accueillie—Action rejetée—Il est impossible de tenir un juste procès après un si long retard—Application du triple critère habituel—Un retard de dix ans est déraisonnable—Retard inexcusable—Le retard causera probablement un préjudice grave aux défendeurs.

NICHOLS C. CANADA (T-3094-79, juge Dubé, ordonnance en date du 25-6-90, 4 p.)

Requête rejetée—La défenderesse a subi un préjudice par suite du décès de son principal témoin, mais le dossier montre que les avocats des deux parties ont traîné les choses en longueur—La défenderesse a demandé avec instance à la demanderesse de faire fixer la date du procès après qu'elle eut subi le préjudice.

BALMER C. CANADA (T-2813-84, juge Reed, ordonnance en date du 29-5-90, 1 p.)

RÉCLAMATIONS ÉTRANGÈRES

Le demandeur tente d'obtenir une ordonnance au moyen d'un *mandamus* enjoignant au ministère des Affaires extérieures de le représenter dans la réclamation d'une pension aux autorités allemandes—Il s'agit d'un ancien citoyen allemand qui a été membre des forces armées allemandes d'octobre 1939 à août 1944—Il a été prisonnier de guerre en France et en Espagne jusqu'en septembre 1949—Il a immigré au Canada en 1953 et est devenu citoyen canadien en 1958—Il s'est adressé sans succès au service d'administration des pensions de guerre de Brême (Allemagne) en vertu de la législation allemande sur les victimes de guerre en raison de problèmes de santé qui avaient commencé à se manifester pendant qu'il était au service des forces armées allemandes—Le demandeur prétend que les défendeurs exercent une discrimination à son égard en ne poursuivant pas sa réclamation en son nom—Action rejetée—Il n'y a eu aucune discrimination selon la Charte—Aucune loi n'oblige le ministère des Affaires extérieures à prendre en charge des réclamations—C'est une question purement discrétionnaire—Rien ne

RÉCLAMATIONS ÉTRANGÈRES—Fin

justifie un *mandamus*—C'est une question d'intérêt juridique privé.

JANITZKI C. CANADA (SANTÉ ET BIEN-ÊTRE SOCIAL) (T-97-89, juge Cullen, jugement en date du 1-5-90, 6 p.)

RELATIONS DU TRAVAIL

Accréditation—Requête fondée sur l'art. 28 visant à annuler une ordonnance émise par le Conseil canadien des relations du travail accréditant le syndicat intimé pour une unité de négociation décrite comme suit: «toutes les personnes . . . employé(es) du réseau de Télévision Quatre Saisons» au motif que l'employeur était en fait «Télévision Quatre Saisons»—La requête est accueillie—Il y a eu violation de la règle *audi alteram partem* car le Conseil a tenu, à l'insu des parties, une enquête supplémentaire sur la désignation de l'employeur et a obtenu, au cours de celle-ci, des documents dont il n'a pas communiqué la teneur à la requérante dans un délai raisonnable.

RÉSEAU DE TÉLÉVISION QUATRE SAISONS INC. C. SYNDICAT DES EMPLOYÉ-ES DE TÉLÉVISION QUATRE SAISONS (FNC-CSN) (A-1066-88, juge Décary, J.C.A., jugement en date du 3-5-90, 6 p.)

Demande fondée sur l'art. 28 et tendant à la révision de la décision de l'arbitre de grief nommé par la CRTFP pour entendre les plaintes relatives à l'interprétation des clauses d'une convention collective entre l'Association nationale des employés et techniciens en radiodiffusion (NABET) et la Chambre des communes (employeur) au sujet des jours de repos, des heures supplémentaires, des périodes d'affectation et du travail effectué pendant les jours de repos—Les requérants, qui ont travaillé entre trois heures et demi et six heures pendant un jour de repos prévu, ont prétendu avoir droit à une «période d'affectation» complète, soit sept heures—La question est de savoir si le crédit minimum de sept heures (période d'affectation) s'appliquait au travail effectué pendant un jour de congé prévu—L'arbitre a conclu que la convention contenait une ambiguïté latente, a entendu des éléments de preuve extrinsèques et a rendu une décision défavorable aux requérants—La requête est rejetée—L'arbitre ne s'est pas trompé en concluant à l'existence d'une ambiguïté latente et en s'appuyant sur des éléments de preuve extrinsèques—La conclusion de l'arbitre selon laquelle la convention ne comprenait pas à tout le moins un crédit minimum n'est pas déraisonnable au point de justifier l'intervention de la Cour.

ASSOCIATION NATIONALE DES EMPLOYÉS ET TECHNICIENS EN RADIODIFFUSION C. CANADA (CHAMBRE DES COMMUNES) (A-411-89, juge Décary, J.C.A., jugement en date du 31-5-90, 5 p.)

RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE**NÉGLIGENCE**

Perte purement financière—Collision entre un chaland de billes tiré par un remorqueur et un pont ferroviaire appartenant à la Couronne fédérale, entraînant la fermeture temporaire du

RESPONSABILITÉ DÉLICTEUELLE—Fin

pont et le déroutage du trafic ferroviaire—(1) Question de savoir si les chemins de fer utilisant le pont ont droit à un recouvrement à l'égard d'une perte purement financière—Rien ne justifie, sur le plan juridique, l'application stricte de la règle selon laquelle la perte financière résultant d'un dommage occasionné au bien d'un tiers n'est pas recouvrable—Examen de la jurisprudence—Les critères sur lesquels est fondée la responsabilité en cas de perte financière sont les suivants: connaissance du fait que le réclamant est un particulier précis risquant de subir un dommage par opposition à une catégorie générale de gens; prévisibilité de la nature précise de la perte; existence d'un degré de proximité suffisant entre l'acte délictueux et la lésion de façon à donner lieu à l'obligation de diligence de la part de l'auteur du délit (proximité suffisante du bien)—Les critères sont respectés en ce qui concerne le CN: les défendeurs savaient que le CN était le principal usager du pont et le capitaine du remorqueur croyait que le CN était propriétaire du pont; ils savaient que des dommages qui avaient occasionné la fermeture du pont avaient déjà été causés; le bien du CN (soit les voies ferrées) était situé à proximité du pont et ce dernier était le lien essentiel sans lequel il était impossible de profiter du bien en cause—Le recouvrement ne met pas en cause l'indemnisation «d'un montant indéterminé pendant une période indéterminée en faveur d'une catégorie indéterminée»—La réclamation du CN et celles de deux autres chemins de fer en ce qui concerne les frais additionnels assumés par suite de la fermeture du pont sont accueillies—(2) Question de savoir si les propriétaires et gérants du remorqueur avaient le droit de limiter leur responsabilité—Conformément aux art. 575 et 577 de la Loi sur la marine marchande du Canada, il incombe au propriétaire et au gérant d'un navire d'établir que le dommage causé n'était pas attribuable à une faute ou à une complicité de leur part—L'omission de la part du gérant du remorqueur de prendre des mesures raisonnables pour veiller à ce que les capitaines se conforment à des pratiques sûres de navigation a pour effet d'annuler la limitation de responsabilité—(3) L'argument selon lequel le capitaine du remorqueur auxiliaire a été négligent en n'avertissant pas le remorqueur ou en ne refusant pas d'aider celui-ci est rejeté—Le remorqueur auxiliaire était tenu par contrat de suivre les ordres et de s'abstenir de faire quoi que ce soit de sa propre initiative—Aucune obligation d'avertir ou de s'abstenir de se conformer au contrat—(4) Question de savoir si les propriétaires du chaland de billes ont omis de faire preuve d'une diligence raisonnable en permettant à celui-ci de passer sous le pont—Aucune obligation incombant au propriétaire du chaland de billes qui est tiré, qui est sous le contrôle du remorqueur principal et qui n'a pas d'équipage à bord, de dire au capitaine du remorqueur à quel moment le voyage doit être effectué et la manière dont il doit l'être—L'argument selon lequel il y a responsabilité conjointe par suite de l'exploitation d'une présumée entreprise commune est rejeté—(5) Question de savoir si Travaux publics Canada, qui est propriétaire du pont, est coupable de négligence contributive—Aucune obligation pour le contrôleur du pont d'assurer la navigation sûre à cet endroit.

CIE DES CHEMINS DE FER NATIONAUX DU CANADA C. NORSK PACIFIC STEAMSHIP CO. (T-552-88, juge Addy, jugement en date du 14-4-89, 75 p.)

TRANSPORTS

Demande d'injonction interlocutoire visant à empêcher les défendeurs d'exiger des taxes d'embarquement et de débarquement, de procéder à la construction d'une aérogare temporaire à l'aéroport des îles de Toronto, et de permettre l'expansion des services aériens en accordant une autorisation à trois transporteurs additionnels—Les questions se rapportant à la construction de l'aérogare temporaire et à l'expansion des services aériens ont été tranchées dans un jugement où la demande présentée par la ville en vue d'obtenir une injonction interlocutoire a été rejetée: *Toronto (Ville) c. Canada (Ministre des Transports)*, T-816-90, juge Martin, ordonnance en date du 5-6-90—Le fait qu'il n'a pas été conclu que l'expansion des installations de l'aéroport était illicite entraîne le rejet de l'argument selon lequel on devrait empêcher l'expansion des services aériens—Le ministre des Transports a approuvé l'expansion envisagée des installations de l'aéroport à la condition que les frais de construction et les intérêts soient recouverts exclusivement au moyen des recettes provenant des taxes d'embarquement et de débarquement—Les pouvoirs des défendeurs sont énoncés dans la Loi de 1911 concernant les commissaires du havre de Toronto, dans la Loi de 1985 sur les commissaires du havre de Toronto et dans l'accord signé par la ville, les commissaires et la Couronne—L'art. 21j) de la Loi de 1911 autorise les commissaires à exiger à l'égard des aéronefs qui atterrissent à l'aéroport des droits ou des frais dont le montant dépend du nombre de passagers qui embarquent ou qui débarquent—Ces droits visent les aéronefs et non les passagers—L'art. 21g) autorise la prise de mesures en vue de percevoir les droits envisagés par l'art. 21j)—Les règlements qui sont adoptés en vertu de l'art. 21g) ou j) sont assujettis à l'art. 21(2) selon lequel les droits doivent être approuvés par le gouverneur en conseil et publiés dans la *Gazette du Canada* avant d'entrer en vigueur—Étant donné l'absence de règlements, d'approbation et de publication, les taxes d'embarquement et de débarquement ne peuvent pas être recouvrées car la disposition législative les autorisant n'a pas été observée—L'omission n'est pas une raison suffisante pour déclarer nulle l'approbation donnée par le Ministre à l'égard du projet de construction étant donné que l'approbation des règlements ne fait aucun doute—L'art. 4.4 de la Loi sur l'aéronautique autorise le gouverneur en conseil à imposer des redevances pour l'usage d'installations mises en œuvre au nom du ministre des Transports, mais ne réserve pas au gouverneur en conseil le droit exclusif de le faire—Rien dans l'art. 4.4 ne restreint le droit qu'ont les défendeurs d'exiger des taxes d'embarquement et de débarquement conformément à l'art. 21 de la Loi de 1911—Il n'est pas approprié d'appliquer les principes régissant l'octroi d'une injonction interlocutoire qui sont énoncés dans l'affaire *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] 1 All E.R. 504 (H.L.) confirmés par *Turbo Resources c. Petro Canada Inc.*, [1989] 2 C.F. 451 (C.A.)—Étant donné que tous les faits pertinents ont été établis devant la Cour, les questions litigieuses sont tranchées comme s'il s'agissait d'un procès—L'ordonnance empêchant les commissaires d'exiger des taxes d'embarquement et de débarquement est suspendue pendant les 30 jours qui suivront son enregistrement final de façon à permettre aux deux parties d'interjeter appel—Loi de 1911 concernant les commissaires du havre de Toronto, S.C. 1911, chap. 26, art. 15(2), 16(2), 21—Loi de 1985 sur les commissaires du havre de Toronto, S.C. 1986, chap. 10, art. 3, 3.1,

TRANSPORTS—Suite

6—Loi sur l'aéronautique, L.R.C. (1985) (1^{er} supp.), chap. 33, art. 4.4.

AIR ATONABEE LTD. C. LES COMMISSAIRES DU HAVRE DE TORONTO (T-792-90, juge Martin, ordonnance en date du 5-6-90, 12 p.)

Requête en vue d'obtenir une injonction interlocutoire empêchant les commissaires du havre de Toronto de procéder à la construction d'une aérogare temporaire, sauf dans la mesure où les dépenses sont conformes à la convention prévoyant la manière dont le déficit d'exploitation de l'aéroport est financé et la mesure dans laquelle il doit l'être—L'autorisation de construire un immeuble que le ministre juge nécessaire en vue de l'exploitation de l'aéroport et le financement d'un tel projet ne sont pas assujettis aux conditions de la convention relative au déficit—Requête en vue d'empêcher les commissaires de se servir des sommes provenant d'activités non liées à l'aéroport en vue de subventionner la construction, pour le motif que la chose va à l'encontre de l'art. 17 de la Loi de 1911 concernant les commissaires dans laquelle il doit l'être—L'art. 8 de la Loi de 1985 sur les commissaires du havre de Toronto—Selon l'art. 17, les commissaires remettent à la ville l'excédent des profits tirés de leurs activités—L'art. 8 prévoit que l'art. 17 ne s'applique pas à l'exploitation de l'aéroport par les commissaires—La ville a omis d'établir l'existence d'un «excédent des profits» au sens de l'art. 17; par conséquent, l'art. 8 n'interdit pas l'utilisation provisoire des «fonds excédentaires» se rapportant à des activités non liées à l'aéroport—Un excédent des profits au sens de l'art. 17 n'existe qu'une fois établies les provisions se rapportant à différents postes de frais; à cet égard, il faut tenir compte de la liste des travaux envisagés et de la déclaration des vérificateurs figurant dans les états financiers des commissaires, selon laquelle aucun excédent de profit n'est dû à la ville—Requête en vue d'empêcher les commissaires de permettre à des transporteurs additionnels de fournir des services aériens commerciaux réguliers sans l'approbation de la ville—Le bail prévoit l'utilisation des biens-fonds en vue de l'exploitation d'un aéroport destiné à l'«aviation générale»—La définition de l'expression «aviation générale» parle de l'exploitation d'aéronefs en vertu de permis particuliers de la Commission canadienne des transports—La déréglementation des transporteurs aériens, par suite de laquelle les permis des classes mentionnées

TRANSPORTS—Fin

dans le bail ne sont plus délivrés, n'a pas pour effet d'annuler le but fondamental de la convention—L'article dans lequel figurent les définitions indique le genre de restrictions que la ville voulait imposer à l'égard des aéronefs utilisant l'aéroport—Les principales restrictions avaient trait à l'utilisation d'avions à réaction, aux niveaux sonores et à la fréquence des vols—Le fait que les types de permis mentionnés dans le bail ne sont plus délivrés importe peu—Requête en vue d'empêcher les commissaires de permettre à des transporteurs additionnels de fournir des services aériens commerciaux réguliers sauf dans la mesure où l'aéronef est visé par la définition de l'expression «aviation générale»—Par suite de la déréglementation, la distinction entre les aéronefs qui est faite dans cette définition n'existe plus, mais l'examen des conditions spéciales énoncées à l'art. 14 du bail et les types d'aéronefs utilisés depuis la déréglementation sans que la ville ne s'y oppose mènent à la conclusion que ceux-ci sont visés par la définition étant donné que la déréglementation a nécessairement eu pour effet de modifier cette dernière—En l'absence de preuve que les commissaires ont l'intention de permettre à des transporteurs additionnels dont l'aéronef n'est pas autorisé en bonne et due forme de fournir des services aériens commerciaux réguliers, on ne saurait empêcher ceux-ci d'agir—L'argument figurant dans l'exposé des faits et du droit au sujet de l'omission d'obtenir un permis de construction de la ville est rejeté car il n'a pas été invoqué dans la requête—La construction de l'aérogare fait partie intégrante de l'aéroport; elle relève uniquement du pouvoir réglementaire fédéral, et non des autorités municipales—Le bail prévoyant l'observation des règlements municipaux envisage la construction de choses n'ayant rien à voir avec l'exploitation de l'aéroport—Demande rejetée—Loi de 1911 concernant les commissaires du havre de Toronto, S.C. 1911, chap. 26, art. 17—Loi de 1985 sur les commissaires du havre de Toronto, S.C. 1986, chap. 10, art. 8.

TORONTO (VILLE) C. CANADA (MINISTRE DES TRANSPORTS) (T-816-90, juge Martin, ordonnance en date du 5-6-90, 11 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

Le demandeur a reçu les documents demandés après l'expiration de la période de prorogation—Il cherche à obtenir une ordonnance selon laquelle le ministre serait réputé avoir refusé l'accès aux documents conformément à l'art. 10(3) de la Loi ainsi qu'une ordonnance obligeant l'intimé à expliquer pourquoi il n'avait pas répondu dans le délai fixé par la Loi et prévoyant des mesures préventives—Demande rejetée—Aucun refus véritable auquel il faudrait maintenant remédier, étant donné qu'on a finalement répondu à la demande—La Loi vise à assurer que l'accès du demandeur aux renseignements ne soit pas gêné par la lenteur bureaucratique—La remise à plus tard équivaut à un refus—La Cour ne tolère pas les retards d'un organisme gouvernemental—Il doit être donné suite à toutes les demandes dans le délai prévu par la Loi—Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), chap. A-1, art. 2, 10(3).

X C. CANADA (MINISTRE DE LA DÉFENSE NATIONALE) (T-1112-89, juge Dubé, ordonnance en date du 15-6-90, 4 p.)

L'appel interjeté à la suite du refus est rejeté—Rien dans le dossier ne montre qu'en vertu de l'art. 4(1) de la Loi, la demanderesse pouvait obtenir les renseignements—Selon l'art. 4(1), le demandeur doit être un citoyen canadien ou un résident permanent—Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), chap. A-1, art. 4(1).

GLAXO CANADA INC. C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ NATIONALE ET DU BIEN-ÊTRE SOCIAL) (A-39-90, juge en chef Iacobucci, jugement en date du 19-6-90, 2 p.)

ANCIENS COMBATTANTS

Demande présentée en vertu de l'art. 28 en vue de faire examiner et infirmer la décision du Tribunal d'appel des anciens combattants, qui avait rejeté la demande de prestations de pension fondée sur une présumée invalidité résultant d'un glaucome—Le requérant aurait droit à des prestations si le glaucome était attribuable au service militaire accompli en Corée ou s'était produit pendant ce service militaire—Le Tribunal a eu tort de ne pas tenir compte du témoignage d'un expert, soit qu'il était possible que le disque optique ait commencé à se détériorer dès 1945 ou 1950—En outre, le Tribunal a eu tort de conclure qu'il n'existait aucune preuve laissant entendre que le glaucome s'était produit pendant la guerre de Corée—Le Tribunal a commis une erreur de droit en omettant de se fonder sur la preuve pour faire toutes les déductions raisonnables possibles en faveur

ANCIENS COMBATTANTS—Fin

du requérant conformément aux exigences de la Loi—Demande accueillie.

FILLMORE C. CANADA (TRIBUNAL D'APPEL DES ANCIENS COMBATTANTS) (A-273-89, juge Heald, J.C.A., jugement en date du 5-6-90, 9 p.)

ANTIDUMPING

Appel de la décision de la Commission du tarif selon laquelle la directive ministérielle fondée sur l'art. 9(7) de la Loi antidumping n'a aucune force et aucun effet tant qu'elle n'est pas enregistrée—La directive du ministre n'est pas un «texte réglementaire» au sens de l'art. 2 de la Loi sur les textes réglementaires—Pour être un texte réglementaire au sens de la définition, la directive doit être fondée sur une disposition législative prévoyant expressément que le pouvoir conféré doit être exercé au moyen d'un type particulier de texte: *Canadian Pacific Ltd. c. Canadian Transport Commission* (1988), 86 N.R. 360 (C.A.F.)—L'art. 9(7) de la Loi antidumping ne prévoit pas expressément que le ministre doit prescrire la méthode de détermination de la valeur normale des marchandises au moyen d'un texte—Appel accueilli—Loi sur les textes réglementaires, L.R.C. (1985), chap. S-22, art. 2—Loi antidumping, S.R.C. 1970, chap. A-15, art. 9(7).

SOUS-MINISTRE M.R.N., DOUANES ET ACCISE C. LIBERTY HOME PRODUCTS CORP. (A-136-87, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 11-6-90, 3 p.)

ASSURANCE-CHÔMAGE

Le 3 octobre 1988, le requérant adressait à la Commission une demande aux termes de laquelle il sollicitait (1) la révision de son dossier quant aux prestations payables au cours des années 1985-1986 (art. 43 de la Loi) et (2) la prorogation du délai d'appel devant le conseil arbitral des décisions de la Commission en 1985 et 1986 (art. 79)—Le requérant voulait bénéficier des conclusions de l'arrêt *Giroux* ([1989] 1 C.F. 279 (C.A.)) selon lesquelles les indemnités de congé annuel obligatoires versées à un travailleur par l'Office de la construction du Québec n'avaient plus valeur de rémunération—Le 31 octobre 1988, la Commission rejeta la demande de révision sans se prononcer sur la question de la prorogation—Le 13 juillet 1989, à la suite d'une nouvelle demande de révision, la Commission

ASSURANCE-CHÔMAGE—Suite

refusa de proroger le délai d'appel et de modifier ses décisions antérieures—La présente requête visant à faire casser la décision du 31 octobre par voie de *certiorari* est rejetée—Ce n'est pas la décision du 31 octobre qu'il fallait contester mais celle du 13 juillet—Demande du 3 octobre équivoque—La preuve documentaire révèle que cette demande n'en était pas une en révision mais en prorogation du délai d'appel—Le refus de la Commission de proroger le délai a été porté en appel devant le juge-arbitre conformément à l'art. 79—Même si la contestation avait porté sur la décision du 13 juillet, le recours sous le régime de l'art. 43 n'aurait pas été bien fondé—La Loi ne prévoit pas deux recours—Le véritable moyen de contester une décision de la Commission se retrouve aux art. 79 et s.—L'art. 43 qui prévoit un «nouvel examen de la demande» ne constitue pas une autre option—Il confère à la Commission le pouvoir discrétionnaire de procéder ou non au réexamen d'une demande, pouvoir qui ne peut être révisé qu'en cas d'absence ou d'excès de compétence, manquement à l'équité procédurale ou façon d'agir discriminatoire, ce qui n'est pas le cas en l'espèce—Enfin, puisque la Loi prévoit un recours (art. 79), il est inopportun, en l'espèce, de procéder par *certiorari* et *mandamus*—Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), chap. U-1, art. 43, 79.

PORTELANCE C. CANADA (COMMISSION DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-1765-89, juge Denault, ordonnance en date du 2-4-90, 7 p.)

RIVERIN C. CANADA (COMMISSION DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-1762-89, juge Denault, ordonnance en date du 2-4-90, 9 p.)

L'HEUREUX C. CANADA (COMMISSION DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-1763-89, juge Denault, ordonnance en date du 2-4-90, 9 p.)

JACOB C. CANADA (COMMISSION DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-1764-89, juge Denault, ordonnance en date du 2-4-90, 9 p.)

HOULE C. CANADA (COMMISSION DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-1766-89, juge Denault, ordonnance en date du 2-4-90, 9 p.)

Appel d'une décision en vertu de la Loi sur l'assurance-chômage—Le juge arbitre est intervenu à juste titre, le conseil arbitral n'ayant pas tenu compte de la preuve documentaire contradictoire au dossier—Le juge-arbitre était autorisé à conclure que le dossier rapportait fidèlement et complètement tous les passages pertinents de la preuve, d'autres preuves n'ayant pas été introduites.

LÉPINE C. CANADA (COMMISSION DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-78-89, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 16-2-90, 3 p.)

Demandes visant à faire infirmer la décision du juge-arbitre selon laquelle les expressions «indemnité de congé» et «jours de congé» employées dans la convention collective étaient interchangeables—Les requérants effectuaient un plus grand nombre d'heures, de jours ou de postes que les employés normaux travaillant à plein temps—Ils ont été mis à pied et ont présenté une demande en vue d'obtenir des prestations d'assurance-chômage—La Commission a suspendu le paiement des prestations compte tenu de l'attribution de jours de congé acquis, mais inutilisés—Selon les conventions collectives, les requérants avaient

ASSURANCE-CHÔMAGE—Fin

droit à des jours de congé selon le nombre de journées de travail effectuées—Les requérants avaient également droit à une indemnité de congé à l'égard de chaque heure de travail de la semaine de travail pour laquelle ils avaient droit à des crédits de congés (bien que la disposition eût par la suite été révoquée de façon que la rémunération horaire globale comprenne l'indemnité de congé)—Normalement, l'indemnité de congé est versée à la fin de chaque mois et les congés continuent à s'accumuler, mais ils peuvent être payés plus tard—Le conseil arbitral a confirmé la décision de la Commission—Le juge-arbitre a conclu que l'indemnité de congé et les jours de congé sont des notions interchangeables—En vertu de l'art. 37(3) du Règlement sur l'assurance-chômage, lorsque l'employé est mis à pied à un moment où il a droit à une période de congé, il cesse d'être rémunéré à la fin de cette période—Cela comprend les cas de mise à pied—L'art. 42(4) prévoit que l'assuré qui a droit à une période de congé parce qu'il effectue habituellement un plus grand nombre d'heures de travail que l'employé à plein temps est réputé avoir effectué une semaine complète de travail, et ce, pendant toute cette période—Demandes agréées—Les art. 37(3) et 42(4) sont clairs et non ambigus: lorsque, en vertu d'un contrat de travail, l'assuré a droit le dernier jour où il effectue du travail à des périodes additionnelles de congé, ces congés sont attribués à la période qui suit le dernier jour de travail—Il n'est pas tenu compte du droit à la rémunération et de la réception d'une rémunération—Le juge-arbitre a commis une erreur de droit en concluant que l'indemnité de congé et les congés sont interchangeables—Il a commis une erreur de droit en tenant compte du droit à des crédits d'indemnité de congé et de l'attribution de tels crédits en vertu de la convention collective pour déterminer comment les congés doivent être attribués en vertu des art. 37(3) et 42(4)—Les dispositions des conventions collectives concernant l'indemnité de congé ne sont pas pertinentes pour l'application des art. 37(3) et 42(4)—Règlement sur l'assurance-chômage, C.R.C., c. 1576, art. 37(3), 42(4).

CANADA (PROCURÉUR GÉNÉRAL) C. KELLY (A-106-89, juge Desjardins, J.C.A., jugement en date du 29-6-90, 30 p.)

BREVETS

Action en violation intentée par les intimées—L'appelante soutient que les intimées n'ont pas droit à un redressement, puisque leur conduite est illégale et injuste en ce qui concerne le brevet et en ce qui la concerne—Rejet de l'appel interjeté à la suite d'une ordonnance radiant les allégations que l'appelante avait faites dans un nouvel exposé de la défense et dans une demande reconventionnelle, à savoir que les notions de «*cham-perty*» et de «*maintenance*» semblaient s'appliquer—Aucune cause de défense raisonnable n'est alléguée—L'appelante allègue que le brevet a été cédé—Elle n'affirme pas qu'on a cédé à l'intimée Amsted autre chose que le brevet et les droits exclusifs y afférents lui permettant d'utiliser et de vendre l'invention—L'achat d'un brevet dont les acquéreurs peuvent uniquement profiter en repoussant des réclamations existantes ou futures n'est pas illégal—Étant donné que le brevet lui-même a été cédé, en l'absence du droit d'intenter des poursuites pour une violation passée, la cession ne peut pas être interprétée comme conférant un simple droit d'ester en justice ou comme donnant

BREVETS—Fin

lieu à l'application des notions de «*champerty*» et de «*maintenance*»—Il est difficile d'appliquer ces notions dans les affaires de brevet—Le juge qui a entendu les requêtes a exercé à bon droit son pouvoir discrétionnaire, mais il a commis une erreur en déclarant que l'intention ou le motif n'entrent pas en ligne de compte lorsque les notions de «*champerty*» et de «*maintenance*» sont invoquées—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 419(1a).

AMSTED INDUSTRIES INC. C. WIRE ROPE INDUSTRIES LTD. (A-1130-88, juge Décary, J.C.A., jugement en date du 8-6-90, 7 p.)

CONTREFAÇON

Injonction interlocutoire visant à empêcher la défenderesse de fabriquer et d'exploiter un épandeur—Le procédé utilisé par l'épandeur breveté de la demanderesse est une invention commune de cette dernière et du défendeur Wiley—Wiley a vendu le droit qu'il possédait sur le brevet à la demanderesse et a par la suite déposé un protêt visant à faire déclarer le brevet invalide—La défenderesse allègue qu'elle utilise une méthode ou un procédé différents—Demande rejetée—La cause de la demanderesse est légitime et défendable, mais celle-ci n'a pas prouvé qu'un préjudice irréparable serait subi si l'injonction n'était pas accordée—La balance des inconvénients penche du côté de la défenderesse—Une injonction forcerait probablement la défenderesse à fermer ses portes—Affaire urgente étant donné que la saison d'épandage tire à sa fin: distinction faite avec *Risi Stone Liée c. Groupe Permacon Inc.* (T-1005-89, juge Reed, jugement en date du 14-2-90, 16 p., encore inédit)—Étant donné l'attitude qu'il a adoptée par le passé dans ses relations avec la demanderesse, le défendeur Wiley doit déposer 12,5 % du revenu tiré de tout travail exécuté à l'aide de ses machines et 25 % du prix de vente de toute machine tant que le jugement n'aura pas été rendu—Charge sur tous les immeubles de la défenderesse.

R. W. BLACKTOP LTD. C. ARTEC EQUIPMENT CO. (T-859-90, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 25-6-90, 10 p.)

COALITIONS

Perquisition et saisie de documents se trouvant dans les locaux d'un certain nombre d'entreprises de fabrication de ciment et de béton et se rapportant au tripotage qui aurait eu lieu du 1^{er} mai 1976 au 31 juillet 1988, conformément à un mandat décerné en vertu de la Loi sur la concurrence—Certains documents saisis se rapportaient à la période postérieure au 31 juillet 1988—Selon un principe de droit bien établi, les objets saisis ne peuvent pas être conservés à moins d'être visés par l'une des exceptions reconnues: urgence, doctrine des objets «bien en vue» ou fouille d'une personne au moment de son arrestation—Aucune preuve à l'appui de l'application d'une exception—Il n'est même pas prouvé que les objets se rapportaient à la perpétration d'une infraction—Il n'est pas prouvé que la saisie des documents était raisonnable ou justifiable—*Semble*: la personne morale a droit à la protection de l'art. 8 de la Charte;

COALITIONS—Fin

elle peut invoquer les mêmes droits qu'un particulier à cet égard—Les documents doivent être remis aux demandereses.

CIMENT LAC ONTARIO C. CANADA (DIRECTEUR DES ENQUÊTES ET RECHERCHES) (T-672-90, juge Rouleau, ordonnance en date du 5-7-90, 4 p.)

CODE CIVIL

Pratique—Demande de prorogation du délai de présentation d'une requête en annulation de la vente judiciaire, effectuée en août 1988, d'un bien immeuble du défendeur sis à Lesage (Québec) pour défaut de se conformer aux formalités essentielles exigées par les art. 685 et 688 du Code de procédure civile du Québec—Le défendeur devait 200 000 \$ à la Couronne—La vente a eu lieu presque huit ans après la signification du bref de *fieri facias*—En vertu de l'art. 700 du C.P.C. du Québec, la demande en annulation de la vente judiciaire doit être formée dans les 90 jours de l'adjudication ou, si la partie établit son impossibilité d'agir, dans un délai de 6 mois—Le défendeur a respecté le délai de 6 mois—L'impossibilité dépend des circonstances—En l'espèce, l'impossibilité a été établie—La demande de prorogation du délai est accueillie—La demande de modification du procès-verbal fondée sur les art. 232 et 233 du C.P.C. est accueillie quant à l'ordre et au moment des offres—La demande d'annulation de la vente est rejetée—Le défaut d'indiquer la profession ne suffit pas à annuler la vente—Les cinq minutes exigées par l'art. 688 du C.P.C. s'étaient bien écoulées avant la clôture des enchères et l'adjudication de l'immeuble—En tout état de cause, on n'a pas rapporté la preuve d'un préjudice en ce sens qu'il n'y a pas preuve qu'une offre plus élevée aurait été faite—Code de procédure civile, L.R.Q., chap. C-25, art. 232, 233, 685, 688, 700.

CANADA C. GIANOULIAS (T-3462-80, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 30-4-90, 17 p.)

Action en déclaration d'illégalité et de nullité de certaines ventes du droit de chasse et de pêche sur un terrain appartenant au demandeur en bordure du fleuve Saint-Laurent à St-Joachim, près de Québec—Avant de céder le terrain au demandeur par donation entre vifs, le père du demandeur avait vendu le droit de chasse et de pêche sur ce terrain à deux personnes—Ce droit a finalement été acquis par la Couronne—Le demandeur prétend que la vente de ce droit constituait une vente de droits personnels et incessibles, donc illégale, irrégulière et nulle—L'action doit être rejetée—Dans une autre action (*Boucher c. R.* (1981), 22 R.P.R. 310 (C.F. 1^{re} inst.); conf. par (1984), 33 R.P.R. 308 (C.A.F.)) entre les mêmes parties au sujet du même droit sur un terrain adjacent, il a été décidé que le droit de chasse et de pêche n'était pas un droit d'usage mais que la clause en question n'était qu'un droit viager que les vendeurs entendaient se réserver, un droit qui devait s'éteindre avec leur décès—En l'espèce, la clause principale précisait que l'objet de la vente était le droit de chasse et de pêche à perpétuité, transmissible aux héritiers et aux ayants cause des acquéreurs—Il n'y avait aucune raison de croire qu'on avait voulu limiter le sens d'ayant cause de façon à exclure les ayants cause à titre particulier—Il s'agit donc ici d'une servitude personnelle perpétuelle qui pouvait donc être cédée indépendamment du droit de

CODE CIVIL—Fin

propriété du fonds sur lequel il s'exerce, et ce, sans l'autorisation ou le consentement du propriétaire du fonds—Ce droit réel de jouissance est reconnu tant dans la jurisprudence que dans la doctrine (Madeleine Cantin Cumyn «De l'existence et du régime juridique des droits réels de jouissance innommés: Essai sur l'énumération limitative des droits réels», [1986] 46 *R. du B.* 3)—En outre, la Cour n'a pas compétence pour statuer sur la demande de jugement déclaratoire à l'égard de la vente antérieure entre particuliers fondée uniquement sur le droit civil—Code civil du Bas-Canada, art. 487, 494.

BOUCHER C. CANADA (T-2315-88, juge Pinard, jugement en date du 17-8-90, 18 p.)

La société défenderesse s'oppose à la saisie de ses biens en exécution d'un jugement rendu contre elle pour défaut de paiement de cotisations établies en vertu de la Loi de l'impôt sur le revenu, le Régime de pensions du Canada et la Loi sur l'assurance-chômage—La défenderesse invoque l'art. 552(2) et (5) du Code de procédure civile pour soustraire certains biens à la saisie—Opposition rejetée—La défenderesse n'a pas droit à l'exemption prévue à l'art. 552(2) (objets d'utilité courante) car les biens saisis, qui servaient à l'exploitation de l'entreprise, sont de nature tout à fait différente de ceux qui y sont énumérés—Pour ce qui concerne l'exception prévue à l'art. 552(5) (objets nécessaires à l'exercice d'un travail), la défenderesse n'a pas réussi à prouver que les objets saisis constituent des objets nécessaires à l'exercice de sa profession, de son art ou de son métier—Code de procédure civile, L.R.Q., chap. C-25, art. 552(2),(5).

FORMATION ROUTIÈRE DES CARRIÈRES INC. (RE)
(ITA-2715-89, juge Pinard, jugement en date du 22-6-90, 3 p.)

COMMETTANT ET PRÉPOSÉ

Actions en dommages-intérêts, de la nature de réclamations de salaire, intentées par un capitaine de navire contre son ancien employeur—Le demandeur allègue que des modifications fondamentales ont été apportées aux conditions de travail et qu'il a illicitement été congédié—En 1983, il a atteint l'âge de la retraite (65 ans), mais il a conclu avec l'employeur une entente selon laquelle il pouvait continuer à travailler, à certaines conditions—Un nouveau propriétaire a acquis l'entreprise en 1984—Des modifications ont été effectuées—Le demandeur est devenu capitaine de relève; le nombre de journées de travail et de congés payés a diminué; il était rémunéré pour six mois au lieu de douze—La rémunération accordée pour le congé annuel et les cotisations au régime de retraite ont été réduites—Le demandeur a déposé une plainte de discrimination devant la Commission canadienne des droits de la personne—Plainte rejetée—Le demandeur a alors intenté une action en dommages-intérêts pour les pertes subies par suite des modifications fondamentales apportées à son contrat de travail—À la suite du refus d'accepter l'offre de règlement, l'action intentée par le demandeur a été rejetée pour le motif qu'elle était incompatible avec l'exigence selon laquelle il devait se montrer tout à fait loyal et digne de confiance et faire preuve de bonne foi—L'action se rapportant aux modifications fondamentales a été rejetée—Il s'agissait en fait d'une action en dommages-intérêts

COMMETTANT ET PRÉPOSÉ—Fin

résultant d'un congédiement implicite—L'employé peut accepter de démissionner et intenter des poursuites fondées sur le congédiement implicite ou il peut continuer à exercer ses fonctions de façon à mitiger les dommages—L'employé qui continue d'occuper un poste que l'employeur a fondamentalement modifié peut, après une période raisonnable, être considéré comme ayant accepté les modifications, sa conduite montrant qu'il accepte les nouvelles conditions de travail—Le demandeur allègue avoir conservé son emploi afin de mitiger les dommages, mais dans ce cas-ci, il est réputé avoir accepté les modifications étant donné qu'il a continué à exercer son emploi pendant plus de deux ans—L'action fondée sur le congédiement illicite est accueillie—L'action intentée par le demandeur ne constitue pas une juste cause de congédiement—En ce qui concerne l'emploi exercé par le demandeur après avoir atteint l'âge de 65 ans, il ne s'agit pas d'un emploi «à titre amovible»—Cette notion ne s'applique qu'aux personnes occupant des charges publiques—Compte tenu de la durée de son emploi auprès de la défenderesse, du fait qu'il occupait un poste de haute direction, de son âge avancé et des chances qu'il avait d'obtenir un autre emploi, le demandeur avait droit à un préavis raisonnable de 8 mois—D'après la preuve, les dommages généraux sont fixés à 28 576,14 \$ avec intérêt au taux de 7,13 % pour une durée de huit mois, soit la période d'un préavis raisonnable, et ce, à compter de la date du congédiement jusqu'au 8 août 1987, puis à 9,65 %—La période de service effectuée par le demandeur à bord d'un autre navire est déduite de façon à mitiger les dommages—Il n'est pas opportun d'adjudger des dommages punitifs.

ANSTEY C. FEDNAV OFFSHORE INC. (T-2715-86,
T-346-87, juge Mackay, jugement en date du 30-5-90,
32 p.)

COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE

Une superficie de 32 acres située dans une réserve indienne a été transférée à la province de l'Alberta par un décret de 1931—Action en vue d'obtenir une déclaration selon laquelle le décret est invalide et que les biens-fonds qui sont réputés avoir été transférés font encore partie de la réserve, ainsi qu'en vue d'obtenir des dommages-intérêts—Requête concernant le jugement déclaratoire rejetée, l'affaire *Cyrus J. Moulton Ltd. c. La Reine*, [1976] 1 C.F. 437 (C.A.) ayant été appliquée—Rejet de la requête visant à faire radier la demande de déclaration pour le motif que la Cour n'a pas la compétence voulue étant donné que les déclarations demandées portent sur des droits de propriété en Alberta—Distinction faite avec l'affaire *Joe et autres personnellement et pour le compte de la bande indienne de Conne River et la communauté indienne Micmac de Conne River c. Canada (Gouvernement du)* (1983), 49 N.R. 198 (C.A.F.)—Action similaire intentée devant la Cour du Banc de la Reine contre la province de l'Alberta et contre la Couronne fédérale—Une action en dommages-intérêts contre la Couronne fédérale ne peut être intentée que devant la Cour fédérale—Actions de préposés de la Couronne, et invalidité du décret faisant partie de la poursuite judiciaire dans son ensemble—La Couronne fédérale ne peut pas être appelée en garantie dans une affaire entendue devant la Cour provinciale—La province de l'Alberta ne peut pas être assujettie à des

COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE— Suite

poursuites en vue d'obtenir un redressement devant la Cour fédérale—La Cour refuse de suspendre l'action tant que la Cour du Banc de la reine n'aura pas entendu l'affaire—La modification incontestée en vue d'accroître le montant des dommages-intérêts demandés est acceptée.

BANDE INDIENNE ENOCH C. CANADA (T-2849-84, juge Collier, ordonnance en date du 28-6-90, 6 p.)

Forces armées—Requête en rejet de l'action pour défaut de compétence de la Cour et au motif que la déclaration ne révèle aucune cause raisonnable d'action—Lorsque le demandeur s'est engagé dans les Forces armées, on lui avait dit que s'il ne réussissait pas à devenir pilote, il pourrait être libéré des Forces, s'il le désirait—N'ayant pas réussi à devenir pilote, le demandeur demanda sa libération—Comme on a mis 12 mois à lui accorder sa libération, le demandeur a intenté une action en dommages-intérêts pour détention illégale et autres préjudices—Le demandeur précise que son recours est de nature délictuelle et basé sur la Charte—L'art. 24 ne suffit pas à accorder à la Cour la compétence pour juger d'un litige en réparation d'une violation d'un droit reconnu par la Charte si la Cour n'a pas par ailleurs compétence pour juger du litige qui lui est soumis—Le fait pour les autorités des Forces armées canadiennes d'avoir tardé à libérer le demandeur, même en admettant qu'on lui aurait fait la promesse alléguée, ne donne pas ouverture à une action en dommage pour atteinte à sa liberté ou à sa sécurité—La Cour n'est donc pas compétente pour juger cette affaire, tant sur le plan contractuel que délictuel ou en vertu de la Charte—La requête est accueillie et l'action est rejetée.

PERKINS C. CANADA (T-706-90, juge Denault, ordonnance en date du 4-7-90, 5 p.)

SECTION DE PREMIÈRE INSTANCE

Demande présentée en vertu de l'art. 18 en vue de l'examen et de l'annulation d'une ordonnance annulant le visa se rapportant à une série de bandes magnétoscopiques intitulée «Reed Travel Library», considérée comme étant un bien de la catégorie 12 (production court métrage portant visa) en vertu de l'art. 1104(2) du Règlement de l'impôt sur le revenu, ainsi que de la présumée délégation des pouvoirs en matière d'octroi de visas par le ministre des Communications au sous-ministre adjoint, Affaires culturelles et radiodiffusion—Le M.R.N. a ratifié les nouvelles cotisations—Les requérants ont déposé des avis d'appel devant la Cour canadienne de l'impôt—La Cour a soulevé la question de l'effet de l'art. 29 de la Loi sur la Cour fédérale sur la possibilité d'exercer le recours prévu par l'art. 18—Les parties sont d'avis que la question en litige porte sur la légalité de la décision administrative d'annuler un visa et que l'affaire n'a rien à voir avec les nouvelles cotisations et les appels y afférents—Compte tenu des dispositions législatives et de la jurisprudence, la Cour n'est pas compétente pour examiner la demande—La demande de la requérante constitue en réalité une contestation des nouvelles cotisations établies par le M.R.N.—Dans l'affaire *Ministre du Revenu national c. Parsons*, [1984] 2 C.F. 331 (C.A.), la Cour d'appel a jugé que l'art. 29 de la Loi privait la Section de première instance de la

COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE— Fin

compétence d'examiner une procédure fondée sur l'art. 18 lorsqu'un appel est prévu par la Loi de l'impôt sur le revenu en ce qui concerne la cotisation contestée—La légalité de l'ordonnance d'annulation fait partie intégrante des nouvelles cotisations à l'étude et peut faire l'objet d'un appel en vertu de la Loi de l'impôt sur le revenu—L'art. 29 de la Loi sur la Cour fédérale empêche donc expressément la Cour d'examiner ou d'annuler l'ordonnance—Demande rejetée pour le motif que la Cour n'a pas compétence—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 18, 29—Règlement de l'impôt sur le revenu, C.R.C., chap. 945, art. 1104(2), catégorie 12n).

BYRDGES C. KINSMAN (T-396-89, juge McNair, ordonnance en date du 31-7-90, 9 p.)

CONTRÔLE JUDICIAIRE

DEMANDES DE RÉVISION

Demande visant à faire infirmer la décision dans laquelle la Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada refusait de verser au requérant des prestations d'adaptation en vertu de la Loi sur les prestations d'adaptation pour les travailleurs—L'Office d'aide à l'adaptation des travailleurs a certifié que le requérant avait été mis à pied le 9 mai 1982—Ce dernier a demandé des prestations d'adaptation à la Commission—La Commission a conclu que le requérant ne répondait pas aux exigences concernant l'âge énoncées à l'art. 14(1)c) étant donné qu'il avait moins de 54 ans à la date de mise à pied et qu'il ne remplissait pas les conditions d'exemption prévues par l'art. 14(2) (à savoir qu'il allait encourir de sérieuses difficultés financières s'il ne touchait pas de prestations)—Étant donné que la décision prise par la Commission en vertu de l'art. 14(2) est de nature judiciaire ou quasi judiciaire, elle peut être examinée en vertu de l'art. 28 de la Loi sur la Cour fédérale—L'art. 31(2) de la Loi sur les prestations d'adaptation pour les travailleurs empêche un appel de la décision rendue par la Commission en vertu de l'art. 14(2), mais non l'examen de cette décision—Le fait que la procédure générale prévue par les art. 13 et 14 montre que dans chaque cas, on procède par décision plutôt que de mettre en œuvre une politique sociale et économique, et l'importance de la question mènent à la conclusion que la décision que la Commission a rendue en vertu de l'art. 14(2) est de nature judiciaire ou quasi judiciaire conformément aux critères énoncés dans l'affaire *Ministre du Revenu national c. Coopers et Lybrand*, [1979] 1 R.C.S. 495—Le fait qu'aucune disposition expresse n'exige la tenue d'une audience ou l'application de règles de procédure particulières par la Commission lorsque cette dernière statue sur une demande en vertu de l'art. 14(2) ne veut pas nécessairement dire qu'il ne faut pas tenir une telle audience—L'expression «peut décider» figurant à l'art. 14(2) a un sens impératif—L'art. 10 prévoit que tout employé admissible visé par les dispositions de la Loi a droit à des prestations—La Commission est tenue de verser des prestations à ceux qui y ont droit—L'expression «peut décider» est également utilisée à l'art. 14(1) concernant la procédure et l'appel possible d'une décision de la Commission—La Commission est tenue de se conformer aux règles de justice naturelle, et notamment au droit qu'ont les employés admissibles d'être

CONTRÔLE JUDICIAIRE—Fin

entendus—En décidant que l'employé n'allait pas encourir de «sérieuses difficultés financières», la Commission s'est appuyée sur une comparaison entre l'état financier produit par l'employé d'une part et le seuil de pauvreté défini par le Conseil national du bien-être et l'allocation normale établie par le Department of Consumers Affairs de la province pour une famille composée de deux personnes—Elle a unilatéralement réduit l'état des dépenses produit par l'employé sans donner à celui-ci la possibilité d'expliquer pourquoi il ne convenait pas d'appliquer les lignes directrices—Demande agréée—Loi sur les prestations d'adaptation pour les travailleurs, L.R.C. (1985), chap. L-1, art. 10, 13, 14(1), (2), 31—Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), chap. I-21, art. 3, 11—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28.

BURKE C. CANADA (COMMISSION DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-205-89, juge en chef Iacobucci, jugement en date du 21-8-90, 11 p.)

COURONNE**CONTRATS**

Appel d'offres—Demande en vue de faire annuler la décision de l'intimée d'accepter la soumission d'une autre entreprise en vue de la prestation de services de machinistes et de la fourniture de matériel de bruitage et d'éclairage sur la colline parlementaire le 1^{er} juillet 1990, pour manque d'équité dans la procédure—Il est allégué que dans l'appel d'offres, il n'était pas mentionné que la demanderesse devait satisfaire aux exigences en matière de télédiffusion—La demanderesse n'était pas qualifiée pour fournir ses services sur la colline parlementaire étant donné que sa soumission n'était pas conforme aux exigences techniques—Requête en vue d'obtenir un *certiorari* rejetée—La demanderesse n'a pas prouvé le manque d'équité dans l'évaluation des soumissions—Exigences conformes à celles qui s'appliquent dans le domaine de la télédiffusion—Quiconque satisfait aux premières satisfait aux dernières—Preuve selon laquelle l'entreprise qui avait fourni ses services d'expert-conseil était indépendante et impartiale dans l'évaluation des soumissions.

BRUIT BLEU SONORISATION INC. C. COMMISSION DE LA CAPITALE NATIONALE (T-1704-90, juge Dubé, ordonnance en date du 27-6-90, 5 p.)

RESPONSABILITÉ DÉLICTEUELLE

Action en dommages-intérêts pour dommages causés aux propriétés des demandeurs par l'eau et le sable lors de l'affaissement, à deux endroits différents, de la falaise de 50 m située derrière ces propriétés en avril 1983—Les demandeurs en attribuent la faute à la défenderesse, propriétaire de l'aéroport de Sept-Îles, situé au haut de la falaise et administré par Transports Canada—Par l'effet combiné de l'eau accumulée, des fortes pluies et du dégel, les parois de la falaise se sont effondrées, des arbres ont été déracinés et des quantités considérables de sable ont dévalé en bas de la falaise—Le demandeur n'a pas fait la preuve que le système de drainage de l'aéroport était insuffisant, inadéquat, mal conçu et dangereux—Selon l'art.

COURONNE—Fin

501 du Code civil, les fonds inférieurs sont assujettis envers ceux qui sont plus élevés à recevoir les eaux qui en découlent naturellement sans que la main de l'homme y ait contribué mais le propriétaire supérieur ne peut rien faire qui aggrave la servitude du fonds inférieur—Les travaux de canalisation ne constituent pas une aggravation de la servitude—Le demandeur n'a pas établi que les travaux avaient accru les quantités d'eau qui ont dévalé la falaise—À l'autre endroit, l'éboulement est dû à l'effet combiné des pluies exceptionnelles et du dégel subit—On n'a démontré aucune faute de la part de la défenderesse—Code civil du Bas-Canada, art. 501.

DUPONT C. LA REINE (T-2538-83, juge Denault, jugement en date du 20-7-90, 18 p.)

DOUANES ET ACCISE**LOI SUR L'ACCISE**

Revendication de biens saisis—La Banque requérante tente de récupérer une automobile Chrysler Dynasty 1989 saisie et confisquée pour avoir été utilisée pour transporter ou entreposer des cigarettes non estampillées, en contravention à la Loi sur l'accise—La Banque tente plus précisément d'obtenir une ordonnance déclarant que son intérêt (crédit consenti à l'acheteur de la voiture en vertu d'un contrat de vente à tempérament) n'est pas affecté par la saisie—L'intimé prétend que l'art. 164, qu'invoque la Banque pour obtenir la déclaration en prouvant sa bonne foi, n'a aucune application vu qu'il se trouve dans la partie II de la Loi, laquelle ne vise que les distilleries—La bonne foi de la Banque est établie—L'art. 164 s'applique aux véhicules saisis sous l'autorité de la présente loi, non pas seulement à ceux qui sont saisis en vertu de la Partie II—Il est de jurisprudence constante que cet article s'applique alors même que l'infraction se rapporte à du tabac plutôt qu'à de l'eau-de-vie—Le recours exercé par la requérante n'est pas prématuré—Il ne correspondrait pas à l'économie de la Loi qu'un réclamant doive attendre le dépôt d'une dénonciation avant de revendiquer ce qu'il prétend lui appartenir—Quand à l'art. 117(2), il n'oblige pas le propriétaire à verser un cautionnement—Une ordonnance de saisie sera émise déclarant que l'intérêt de la Banque n'est pas affecté par cette saisie—Loi sur l'accise, L.R.C. (1985), chap. E-14, art. 116, 117, 164.

BANQUE CANADIENNE IMPÉRIALE DE COMMERCE C. M.R.N. (T-912-90, juge Denault, ordonnance en date du 12-6-90, 8 p.)

LOI SUR LA TAXE D'ACCISE

Appel d'un jugement annulant une cotisation émise par le M.R.N. en vertu de l'art. 50(1)a)(i) de la Loi, se rapportant à la vente d'enseignes lumineuses usagées—L'intimée fabrique et vend des enseignes lumineuses en grande partie neuves—Elle vend également des enseignes usagées qu'elle remet en état en nettoyant la boîte métallique, en enlevant la couleur du couvercle en plastique et en y peignant un nouveau message publicitaire—La question est de savoir si de telles transformations étaient si peu importantes que l'intimée ne pouvait être considérée comme productrice ou fabricante de ces enseignes—Appel

DOUANES ET ACCISE—Fin

accueilli—L'intimée a produit des enseignes usagées qu'elle a vendues—Les verbes «produire» et «fabriquer» tel qu'utilisés dans la Loi sur la taxe d'accise ne sont pas synonymes: *The Queen v. York Marble, Tile and Terrazzo Ltd.*, [1968] R.C.S. 140 (citant avec approbation *Gruen Watch Company of Canada Limited et al. v. Attorney-General of Canada*, [1950] O.R. 429 (H.C.) où celui qui importe séparément des boîtiers et des mouvements de montre produit des montres, même s'il ne les manufacture pas, lorsqu'il place les mouvements dans les boîtiers)—Ce n'est pas la complexité de l'opération qui importe mais le résultat—Une chose est nouvelle lorsqu'elle peut remplir une fonction que ne pouvaient remplir ses parties composantes auparavant—L'intimée a non seulement remis les enseignes à neuf mais les a transformées pour qu'elles transmettent un nouveau message publicitaire—Elle a produit une chose nouvelle—Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), chap. E-15, art. 50(1a)(i) (mod., idem (1^{er} suppl.), chap. 15, art. 19; (2^e suppl.), chap. 7, art. 16, chap. 42, art. 4; L.C. 1989, chap. 22, art. 3).

ENSEIGNES IMPERIAL SIGNS LTÉE C. M.R.N. (A-264-89, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 28-2-90, 5 p.)

TARIF DES DOUANES

Appel d'une décision de la Commission du tarif selon laquelle des queues de langouste surgelées importées devaient être classées sous le numéro tarifaire 12700-1—Il s'agit de queues de crustacés que l'on nomme «langoustes» («rock» ou «spiny lobsters») qui n'ont pas de pinces—Question de savoir si la Commission a eu raison de conclure que ces crustacés ne sont pas des homards—La version française des numéros tarifaires 12800-1 et 12805-1 parle de «homards», soit de crustacés ayant de grosses pinces, alors que la version anglaise parle de «lobsters»—L'appelante soutient que la Commission a commis une erreur en appliquant la règle d'interprétation législative énoncée dans l'art. 9(2)b) de la Loi sur les langues officielles, tel qu'il existait avant 1988, selon lequel lorsqu'un mot ou une expression figure dans une version officielle, il faut retenir le sens le plus limité comme étant le sens dans les deux versions—L'argument est fondé à tort sur la supposition que les versions française et anglaise sont différentes—Les termes «homard» et «lobster» ont habituellement la même signification—Dans les dictionnaires anglais et français, ces deux termes sont définis comme désignant des crustacés munis de pinces—La Commission a interprété les deux versions du Tarif suivant le sens ordinaire du terme en l'absence d'une indication que le législateur ait utilisé le mot «lobster» dans son sens scientifique, plutôt que dans son sens courant et le mot «homard» de façon clairement incorrecte—Appel rejeté—Loi sur les douanes, S.R.C. 1970, chap. C-41, n^{os} tarifaires 12700-1, 12800-1, 12805-1—Loi sur les langues officielles, L.R.C. (1985), chap. O-3, art. 9(2)b).

DELTONIC TRADING CORP. C. SOUS-MINISTRE M.R.N., DOUANES ET ACCISE (A-934-88, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 8-6-90, 4 p.)

DROIT D'AUTEUR

Demande fondée sur l'art. 28 visant à faire examiner la décision qu'avait prise la Commission d'appel du droit d'auteur, dans le rapport présenté au ministre en 1987, d'approuver l'état des honoraires, redevances ou tantièmes que la requérante devait payer pour l'utilisation d'œuvres musicales protégées—La requérante soutient que la Commission a omis de tenir compte de la situation unique en son genre dans laquelle elle se trouvait en sa qualité d'utilisatrice d'œuvres musicales dans le cadre de services de radiodiffusion—Demande accueillie—La Commission n'a pas examiné au fond la question de l'utilisation différente comme elle était tenue de le faire—Elle s'est uniquement appuyée sur une décision antérieure qui ne disait rien au sujet du degré différent d'utilisation—La Commission ne s'est donc pas acquittée de l'obligation que lui imposait la loi et a fait en sorte qu'il soit porté atteinte à son pouvoir discrétionnaire—La Commission n'a pas commis d'erreur en augmentant les honoraires prévus par le tarif de 1987 par rapport à ceux de 1986, compte tenu de l'augmentation du coût de la vie survenue après l'approbation du tarif ainsi que du fait que la population canadienne avait augmenté pendant cette période.

SOCIÉTÉ RADIO-CANADA C. CANADA (COMMISSION D'APPEL DU DROIT D'AUTEUR) (A-564-87, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 4-6-90, 13 p.)

DOMMAGES-INTÉRÊTS

Renvoi en vue de la détermination des dommages-intérêts et des profits—Le défendeur est propriétaire et directeur d'un établissement où sont présentées au public des œuvres musicales à l'égard desquelles la demanderesse possède les droits d'exécution; il n'a pas payé les redevances requises—Il a jeté toute la correspondance reçue de la demanderesse et a déclaré qu'il ne paierait jamais—Il n'était ni présent ni représenté à l'audience, bien qu'une copie de l'avis de convocation et un subpoena *duces tecum* lui eussent été signifiés—Le défendeur est député à l'assemblée législative de Terre-Neuve—Jugement en faveur de la demanderesse en ce qui concerne la violation du droit d'auteur—En l'absence d'une preuve au sujet du montant consacré à la musique, il faut faire une estimation «sommaire» des dommages-intérêts et des profits—L'établissement comprend un bar, une piste de danse et une estrade—Il est ouvert tous les soirs et le dimanche après-midi—Les clients dansent 75 % du temps lorsqu'il y a de la musique—Il est estimé qu'une somme variant de 35 000 à 53 000 \$ est dépensée chaque année pour les spectacles sur scène—Une somme globale de 10 000 \$ est adjugée au titre des redevances et des dommages-intérêts généraux—Si 50 % des recettes du salon-bar sont attribuables au type de musique qui y est jouée, la moitié des frais de divertissement est recouvrée par une augmentation des recettes—Cette augmentation est fixée à 26 500 \$ compte tenu des frais de divertissement de 53 000 \$—Étant donné que la demanderesse partage les recettes également avec une autre société ayant des droits d'exécution, sa part est fixée à 13 250 \$ l'an, soit à 66 250 \$ de 1986 à 1990—Les dommages exemplaires sont fixés à 15 000 \$ étant donnée l'omission délibérée de tenir compte des droits de la demanderesse—Un membre élu d'une

DROIT D'AUTEUR—Fin

assemblée législative provinciale se doit d'être plus respectueux et plus informé à l'égard de la loi.

SOCIÉTÉ DE DROITS D'EXÉCUTION DU CANADA LTÉE. C. GREENING (T-1878-87, arbitre Daoust, rapport en date du 28-6-90, 5 p.)

DROIT MARITIME

RESPONSABILITÉ DÉLICTEUELLE

Responsabilité—Action en dommages-intérêts pour des blessures subies lorsque le navire défendeur est entré en collision avec un chaland amarré appartenant à la défenderesse mise en cause *Seaspan*—La demanderesse était à bord du *Kona Winds*, qui participait à une procession de Noël dans le port de Vancouver; elle est tombée en bas d'un escalier par suite de la collision—La responsabilité a été niée pour le motif qu'il existait apparemment un contrat d'affrètement et qu'il y avait négligence contributive—Les deux moyens de défense invoqués contre la demanderesse ont été abandonnés au début du procès—Les trois premiers défendeurs ont présenté contre *Seaspan* une demande en intervention forcée dans laquelle ils soutenaient que celle-ci était coupable de négligence contributive étant donné que le chaland amarré n'était pas éclairé—Ils ont soutenu qu'un commencement de preuve de négligence avait été établi puisque *Seaspan* était légalement tenue de veiller à ce que le chaland soit éclairé—Les trois premiers défendeurs sont responsables—L'omission par le capitaine d'exercer une bonne surveillance a causé la collision—La collision d'un navire qui se déplace avec un chaland immobile laisse présumer qu'il y a négligence de la part du capitaine du navire—Preuve permettant de conclure à la négligence—L'éclairage était requis étant donné que le chaland n'était pas visé par l'exception prévue à la Règle 30*h*) du Règlement sur les abordages, et il y avait eu manquement au devoir imposé par la loi même si l'aire de mouillage n'était pas «située à l'intérieur ou à proximité d'un chenal étroit, d'une voie d'accès ou d'une route habituellement empruntée par d'autres navires», mais le fait que le chaland n'était pas éclairé n'a pas causé la collision—*Seaspan* n'a pas commis de négligence contributive—Règlement sur les abordages, C.R.C., chap. 1416, Règle 30*h*) (mod. par DORS/83-202, art. 3(46)).

CLARK C. KONA WINDS YACHT CHARTERS LTD. (T-1756-88, juge Reed, jugement en date du 30-5-90, 15 p.)

ENVIRONNEMENT

Avis donné par le ministre de l'Environnement en vertu de l'art. 48(1) de la Loi canadienne sur la protection de l'environnement, relativement au projet de règlement concernant une offre aux fins d'exportation de déchets contenant des B.P.C.—Cet avis créait un devoir pour le ministre de répondre à l'avis d'opposition motivé déposé par la requérante demandant la constitution d'une commission de révision prévue à l'art. 89 de la Loi—Le ministre a déjà répondu qu'il serait inopportun de constituer une telle commission—Obligeant la requérante à procéder par voie judiciaire et à encourir des frais afin d'obtenir

ENVIRONNEMENT—Fin

une réponse à un avis qu'il avait lui-même sollicité, le ministre a agi de façon fort impolie et fut irrespectueuse envers un citoyen corporatif—Requête rejetée—Loi canadienne sur la protection de l'environnement, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), chap. 16, art. 48(1), 89.

PROVIROTECT INC. C. CANADA (MINISTRE DE L'ENVIRONNEMENT) (T-2059-90, juge Rouleau, ordonnance en date du 27-7-90, 2 p.)

FORCES ARMÉES

Programme d'instruction pour la formation d'officiers des Forces régulières—Le défendeur a demandé à être libéré des Forces armées après qu'il eut demandé sans succès de poursuivre ses études en administration plutôt qu'en génie—Demande faite après le début de la deuxième année d'études—Règles et règlements exigeant le remboursement des frais de scolarité à l'État—Le défendeur a reconnu l'existence de la dette par écrit et a signé un billet à ordre payable le 1^{er} juillet 1984—Au-dessus de la signature figurait l'inscription «avec protestation»—Dette non encore payée—Le défendeur soutient qu'il a été forcé de demander sa libération par suite de l'attitude de son supérieur—Question de savoir si la crainte du défendeur était telle que son consentement se trouvait vicié—Action accueillie—Droits et obligations d'un membre des forces armées prévus par la Loi sur la défense nationale—En signant la reconnaissance et le billet à ordre, le défendeur a reconnu à juste titre l'existence de la dette—La preuve n'appuie pas l'allégation selon laquelle le défendeur a été forcé de demander à être libéré—Même s'il avait des craintes, celles-ci n'étaient pas fondées étant donné qu'elles étaient attribuables à une personne exerçant légitimement ses fonctions—Le défendeur savait qu'il fallait reconnaître l'existence de la dette pour être en mesure d'obtenir sa libération—Au cours des huit années qui ont suivi le moment où il a signé, le défendeur n'a jamais contesté la validité ou la légitimité de sa signature—Il ne s'est pas prévalu de la procédure de règlement des griefs.

CANADA C. BENOIT (T-1296-87, juge Pinard, jugement en date du 3-7-90, 9 p.)

Demande de bref de prohibition afin d'interdire que le requérant, membre des Forces armées, soit détenu en prison à la suite d'un procès par voie sommaire devant un lieutenant-colonel des Forces armées et afin qu'il soit remis en liberté provisoire sous caution en attendant qu'il soit statué sur la constitutionnalité et la légalité de sa condamnation—Le requérant soumet que certaines dispositions de la Loi sur la défense nationale et des Ordonnances royales des Forces armées sont contraires aux art. 7, 9, 11*e*), 15(1) et 24(1) de la Charte en ce qu'elles ne prévoient pas de mécanisme de remise en liberté provisoire en attendant qu'il soit statué sur l'appel ou la constitutionnalité et la légalité de la décision du lieutenant-colonel—Pour obtenir sa libération provisoire, le requérant invoque les mêmes articles de la Charte ainsi que la décision du juge Muldoon de cette Cour dans l'affaire *Glowcwski c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, [1989] 3 C.F. 281 (1^{re} inst.)—Cette affaire s'applique: il serait injuste de laisser le requérant purger sa peine alors qu'il a des raisons plausibles de contester la constitutionnalité et

FORCES ARMÉES—Fin

la légalité de tout le processus en vertu duquel il a été condamné à l'emprisonnement—Le requérant a droit à la protection des art. 7 et 9 de la Charte dans la mesure où les dispositions de la Loi et des Ordonnances royales ne contiennent pas de dispositions relatives à la mise en liberté provisoire par voie judiciaire, assortie d'un cautionnement raisonnable—Requête accueillie en partie: ordonnance de libération provisoire assortie de certaines conditions.

FONTAINE C. CANADA (MINISTRE DE LA DÉFENSE NATIONALE) (T-1756-90, juge Denault, ordonnance en date du 29-6-90, 4 p.)

IMMIGRATION

Demande d'autorisation pour déposer une demande de révision judiciaire en vertu de l'art. 18 de la Loi sur la Cour fédérale à l'encontre d'une décision du directeur du Centre d'immigration du Canada à Montréal—Tout d'abord, la demande d'autorisation méritant d'être évaluée au fond, le délai est prorogé de façon à remédier au retard d'une journée dans le dépôt de la requête—Selon la jurisprudence, une demande d'autorisation doit être accueillie si le requérant démontre qu'il existe une question sérieuse à trancher—En l'espèce, le dossier soulève plus d'une question sérieuse: l'application de l'art. 41 des dispositions transitoires de la Loi actuelle, eu égard au Règlement sur la catégorie admissible de demandeurs du statut de réfugié; l'application de l'art. 43 de la Loi d'interprétation relativement à une enquête commencée et ajournée en vertu de dispositions de l'ancienne Loi abrogées avant la reprise de l'enquête; la portée de la doctrine de l'attente légitime—La demande d'autorisation est donc accueillie.

GILL C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (90-T-630, juge Dubé, ordonnance en date du 4-7-90, 3 p.)

EXPULSION

Demande de *certiorari* visant à faire annuler la mesure d'expulsion, de prohibition empêchant le renvoi des requérants du Canada et de *mandamus* ordonnant au ministre et aux fonctionnaires responsables de traiter le cas des requérants en vue de leur accorder le droit de s'établir conformément à l'art. 114(2) de la Loi sur l'immigration—Les requérants, qui venaient du Chili, sont arrivés au Canada en 1978—Le ministre a conclu qu'en 1979 ils n'étaient pas des réfugiés au sens de la Convention—Les requérants ayant demandé un réexamen, la Commission a conclu qu'ils n'étaient pas des réfugiés au sens de la Convention—La Cour d'appel a infirmé la décision de la Commission—Les demandes en vue d'obtenir un réexamen ont été rouvertes—Avant la tenue de la nouvelle audience, le ministre a annoncé la mise en œuvre d'une politique d'établissement à l'égard des Chiliens qui étaient au Canada avant une certaine date—Les requérants ont retiré leurs demandes de réexamen après qu'on leur eut laissé savoir que des permis ministériels leur seraient délivrés s'ils renonçaient à leurs demandes—En demandant le droit de s'établir en vertu des nouvelles lignes directrices, les requérants ont révélé qu'ils avaient participé aux

IMMIGRATION—Suite

activités des services de renseignements de la police chilienne, et qu'ils avaient notamment été témoins de meurtres et d'actes de torture—La Commission a révoqué sa décision de délivrer des permis ministériels pour le motif que les requérants ne méritaient pas d'être protégés par un établissement démocratique—Les demandes de réexamen ont été rouvertes—Il a encore une fois été conclu que les requérants n'étaient pas des réfugiés au sens de la Convention—À la suite des démarches que des députés fédéraux avaient faites, le ministre a décidé qu'il existait des raisons d'ordre humanitaire suffisantes pour justifier le traitement des demandes de droit d'établissement depuis le Canada—Les permis ministériels ont été délivrés—À la suite de critiques formulées par le public au sujet de la décision du ministre, l'examen des demandes de résidence permanente a été suspendu—Les permis ont été prorogés de temps en temps pendant deux ans, puis les requérants ont été informés que ceux-ci ne seraient plus prorogés—Des mesures d'expulsion ont été prises—Les requérants craignaient que leur retour au Chili mettrait en danger leur vie et celle de leurs enfants, nés au Canada—Question de savoir si l'avocate des requérants avait induit en erreur le ministre qui avait délivré les permis en l'assurant de l'appui donné à ses clients par la collectivité chilienne—Les requérants ont invoqué un moyen de défense similaire à celui sur lequel on s'était fondé dans le procès de «Nuremberg», à savoir qu'ils n'avaient pas commis d'infractions bien qu'ils eussent été témoins de tortures et de meurtres, étant donné qu'ils n'avaient pas vraiment aidé à infliger la douleur—La nature criminelle du meurtre est bien établie—La torture est maintenant une infraction en vertu du Code criminel, bien que ce ne fût pas le cas en 1977—Ne constitue pas un moyen de défense contre une accusation de torture le fait qu'un supérieur ou qu'une autorité publique a ordonné l'accomplissement d'un acte ni le fait que l'acte est justifié par des circonstances exceptionnelles, notamment l'état de guerre, l'instabilité politique intérieure ou toute autre situation d'urgence—La nature criminelle de la torture est démontrée en la comparant aux voies de fait causant des lésions corporelles et à l'enlèvement—En vertu du Code, le fait d'aider ou d'encourager une personne à commettre une infraction constitue un fondement suffisant de responsabilité—Celui qui est témoin est aussi coupable que celui qui inflige la torture—Regarder un être humain se faire torturer sans chercher à le secourir est un acte si pervers et répréhensible que le spectateur est aussi coupable, au point de vue moral, que celui qui manie les électrodes, les pinces ou les instruments de strangulation ou qui brûle la victime avec des mégots de cigarettes—Subir une douleur intolérable infligée délibérément en présence d'autres êtres humains sans qu'on nous vienne en aide, c'est être doublement torturé, car c'est être en proie à un désespoir extrême—Les requérants n'ont pas présenté une preuve suffisante pour obliger le ministre à revenir sur sa décision de ne pas traiter leur demande de droit d'établissement—Une fin de non-recevoir est invoquée contre le ministre actuel, laquelle est fondée sur le fait que son prédécesseur avait temporairement accordé une exemption—L'ancien ministre n'avait pas fait de recommandations au gouverneur en conseil en vue de faciliter expressément l'admission des requérants au Canada en vertu de l'art. 114(2) de la Loi sur l'immigration—Un *mandamus* ne peut pas être accordé pour forcer le ministre ou le gouverneur en conseil à en arriver à une conclusion précise une fois que le ministre a examiné les arguments—L'avantage conféré par l'art. 114(2) n'est pas un droit qui peut

IMMIGRATION—Suite

être invoqué contre l'intimé par des étrangers comme les requérants—Le ministre et les fonctionnaires responsables ne sont pas autorisés à exempter qui que ce soit des exigences de l'art. 9(1)—Le ministre peut agréer une demande de droit d'établissement présentée au Canada, mais uniquement après que le gouverneur en conseil a accordé une dispense—Le ministre ne peut pas, au moyen d'une simple lettre, remédier au fait que le gouverneur en conseil n'a pas pris de règlement—Les conditions nécessaires en vue d'une fin de non-recevoir n'existent pas étant donné (1) que le gouverneur en conseil s'est acquitté de son «obligation» en ne prenant pas de règlement en vertu de l'art. 114(2), le ministre responsable ne lui ayant fait aucune recommandation en ce sens, (2) que l'ancien ministre n'était pas autorisé à promettre aux requérants qu'ils pouvaient «s'établir» au Canada, (3) qu'aucun préjudice irréparable n'a été subi par ces derniers du fait qu'ils aient brièvement compté sur la lettre du ministre—Les requérants ont soutenu qu'ils pouvaient légitimement s'attendre à ce que leurs demandes de résidence permanente soient agréées—La Cour et l'ancien ministre ne sont pas autorisés à dicter le résultat de l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré au ministre—Le ministre actuel a pleinement tenu compte de la demande de résidence permanente présentée par les requérants—La décision du ministre de ne pas proroger les permis, laquelle était fondée sur un pouvoir discrétionnaire, n'était pas objectivement déraisonnable, injuste ou tyrannique—L'allégation d'abus de la procédure n'est pas fondée—Il n'était pas nécessaire de tenir des audiences orales étant donné qu'il ne s'agissait pas de se prononcer sur un droit (les requérants n'avaient pas droit à des permis et ils n'avaient pas le droit de demeurer au Canada sans permis ou sans qu'un règlement soit pris en vertu de l'art. 114(2))—Demandes rejetées—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 9(1), 37(6), 114(2)—Code criminel, L.R.C. (1985), art. 269.1 (édicte, idem (3^e suppl.), chap. 10, art. 2)—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 21(1), 245(2) (mod. par S.C. 1974-75-76, chap. 93, art. 22), 247(1).

NAREDO C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-1985-89, juge Muldoon, ordonnance en date du 24-7-90, 28 p.)

Demande visant à faire infirmer une ordonnance d'expulsion—Une citoyenne équatorienne est illégalement passée des É.-U. au Canada en se cachant à l'arrière d'un véhicule de transport—Elle était enceinte depuis 33 semaines et demie lorsque la mesure d'expulsion a été prise—Elle avait l'intention d'épouser le père de l'enfant lorsqu'elle deviendrait résidente permanente—En vertu de l'art. 32(7), l'arbitre peut délivrer un avis d'interdiction de séjour s'il est convaincu qu'une mesure d'expulsion ne devrait pas être prise en l'occurrence et que l'intéressé quittera le pays dans le délai imparti—L'arbitre hésitait à préciser le délai accordé pour quitter le Canada étant donné qu'il ne savait pas exactement à quel moment après la naissance la requérante serait en mesure de voyager—La demande d'ajournement de l'enquête jusqu'après la naissance présentée par la requérante a été rejetée, l'arbitre se croyant obligé de prendre une décision ce jour-là—Demande agréée—L'arbitre a commis une erreur de droit en omettant d'exercer le pouvoir discrétionnaire qu'il avait en vertu de l'art. 35(1) du Règlement sur l'immigration de 1978 d'ajourner l'enquête à

IMMIGRATION—Fin

n'importe quel moment—Aucune disposition de la Loi ni aucune circonstance ne l'obligeaient à prendre une décision au sujet de l'expulsion et de l'interdiction de séjour ce jour-là—Il était tenu d'examiner et de trancher la demande d'ajournement—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 27(2)f), 32(6) (mod., idem (4^e suppl.), chap. 28, art. 11), (7) (mod., idem, art. 36)—Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 35(1) (mod. par DORS/89-38, art. 13).

PACHECO C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-623-89, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 12-6-90, 5 p.)

STATUT DE RÉFUGIÉ

L'intimé est arrivé du Pérou en juin 1986 et a revendiqué le statut de réfugié au cours de l'enquête instituée à son égard—Appel contre une ordonnance de la Section de première instance qui a fait droit à une demande de *certiorari* à l'encontre de la décision d'un agent d'immigration supérieur de refuser l'ajournement de l'enquête instituée à l'égard de l'intimé afin qu'elle ait lieu en présence d'un membre du comité consultatif sur le statut de réfugié, de prohibition contre le ministre pour l'empêcher de rendre une décision en l'espèce et de *mandamus* enjoignant de permettre au requérant d'être interviewé par un membre du comité—Cette ordonnance est antérieure à l'entrée en vigueur de la Loi prévoyant une nouvelle procédure relative à la reconnaissance du statut de réfugié—Depuis janvier 1989 la Loi prescrit une nouvelle procédure pour la détermination des revendications du statut de réfugié et que cette procédure s'applique aux cas comme celui de l'intimé—L'appel est accueilli sans frais—La partie de l'ordonnance qui enjoignait de permettre à l'intimé d'être interviewé par un membre du comité est cassée puisque son exécution est maintenant impossible et l'appel contre les autres parties sera rejeté au motif qu'il ne soulève que des questions purement théoriques—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), chap. I-2 (mod., idem (4^e suppl.), chap. 28, annexe, art. 41 et s.).

VASQUEZ C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-574-87, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 15-6-90, 5 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU

Sous le couvert d'une action en jugement déclaratoire, cette demande conteste une ordonnance définitive de constitution de charge immobilière et ultimement d'un certificat enregistré sous le régime de l'art. 223 de la Loi—La question en litige vise à décider si un certificat de décharge a été émis par erreur et, dans l'affirmative, si des héritiers ayant accepté la succession sous bénéfice d'inventaire sont responsables du paiement de l'impôt lorsque le M.R.N. n'a pu obtenir paiement de l'exécuteur testamentaire—Le père des demandeurs est mort en 1979—En 1983, le Ministère constata que la déclaration d'impôt pour 1978 n'avait pas été produite—Un certificat de décharge fut émis par erreur en décembre 1985—Même si l'exécuteur testamentaire et les demandeurs savaient que c'était

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

une erreur et bien que le Ministère les ait avisés de l'erreur, les demandeurs ont procédé à la disposition finale de la succession—C'est alors que le Ministère a obtenu l'ordonnance et le certificat contestés—Le certificat de décharge est invalide, ayant été émis par erreur—Le certificat de décharge ne concerne que l'exécuteur testamentaire; il n'augmente pas la responsabilité de l'héritier ni ne la réduit d'une manière quelconque—Les demandeurs sont donc soumis aux obligations fiscales provenant de la succession de leur père—Les demandeurs pourraient vouloir exercer un recours en dommages-intérêts ou en reddition de compte contre l'exécutrice testamentaire en vue d'exiger le remboursement de sa quote-part de cette dette fiscale—Action rejetée.

BOUGIE C. CANADA (T-681-88, ITA-3836-86, juge Denault, jugement en date du 4-6-90, 11 p.)

CALCUL DU REVENU

Mohawk a conclu un accord avec Phillips Petroleum Co. en vue d'acheter un établissement de retraitement des huiles usées—L'accord stipulait qu'en cas de non-exécution, Phillips rembourserait uniquement le prix d'achat (2 850 000 \$) à Mohawk—Après l'installation, l'établissement n'a jamais bien fonctionné—Mohawk a réclamé quinze millions de dollars, pour les frais assumés jusqu'alors et la perte de bénéfices futurs—Phillips a négocié un règlement selon lequel elle versait six millions de dollars américains à Mohawk par suite de la violation du contrat—L'attribution de cette somme n'est pas remise en question—Mohawk n'a pas inclus le montant reçu par suite du règlement dans son revenu imposable—Le ministre a jugé que Phillips avait remboursé à Mohawk des débours déjà déduits et a réparti le montant net entre le revenu et le compte de capital—Le règlement n'était pas fondé sur la convention d'achat, ni sur la perte de bénéfices—Le paiement était destiné à maintenir la réputation de Phillips et à empêcher que des poursuites judiciaires risquant de s'avérer gênantes ne soient intentées—Le montant payé à la suite du règlement n'est pas un revenu imposable étant donné qu'il ne s'agit pas d'un revenu d'entreprise au sens des art. 3, 4 et 9 de la Loi de l'impôt sur le revenu mais il s'agit d'un revenu, les dommages-intérêts payés à la suite de la violation du contrat n'étant pas destinés à compenser la perte de bénéfices, mais à empêcher des poursuites et la perte de réputation—Le remboursement de sommes déjà déduites à titre de dépenses ne constitue pas un revenu imposable—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 3 (mod. par S.C. 1977-78, chap. 1, art. 1; chap. 42, art. 1), 4, 9.

MOHAWK OIL CO. C. CANADA (T-1935-88, juge Teitelbaum, jugement en date du 11-7-90, 17 p.)

Appel d'un jugement de la Section de première instance selon lequel la somme de 500 \$ que l'intimé avait reçue de son employeur pendant l'année d'imposition 1979 ne constituait pas un avantage au sens de l'art. 6(1)a)—Subsidiairement, la somme de 79,57 \$ représentant la différence entre le maximum permis en vertu de la convention collective (500 \$) et la somme de 420,43 \$ à l'égard de laquelle des reçus avaient été produits est une allocation au sens de l'art. 6(1)b) de la Loi—L'intimé est un détective en civil—Dans l'exercice de ses fonctions, il

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

doit porter un veston et un manteau plus grands que normalement—Le juge de première instance a conclu que les vêtements avaient été choisis compte tenu des exigences de l'emploi et qu'ils étaient uniquement portés au travail—La convention collective prévoit le remboursement d'une somme d'au plus 500 \$ l'an à l'égard des vêtements qu'un agent est tenu de fournir et de porter dans l'exercice de ses fonctions normales—Appel rejeté—Les sommes payées pour les vêtements ne constituent pas un avantage au sens de l'art. 6(1)a)—Le juge de première instance a appliqué le critère qui convient, selon lequel il faut déterminer si les faits montrent qu'il y a eu acquisition importante conférant un avantage pécuniaire au contribuable: *R. c. Savage*, [1983] 2 R.C.S. 428—La différence de 79,57 \$ ne constitue pas une allocation au sens de l'art. 6(1)b): *La Reine c. M. Pascoe* (1975), 75 DTC 5427 (C.A.F.)—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 6(1)a), b).

HUFFMAN C. CANADA (A-1204-88, juge Heald, J.C.A., jugement en date du 14-6-90, 9 p.)

Déductions

Appel interjeté à la suite de l'établissement de nouvelles cotisations pour les années 1985, 1986, 1987—Le demandeur, qui habitait Ottawa, s'était installé à Edmonton à la demande de l'employeur—Le taux d'intérêt de l'hypothèque pour sa résidence est passé de 12,5 % à 14,25 %—L'employeur a remboursé chaque année les frais plus élevés d'intérêt au contribuable—Dans les feuillets T-4A, ces montants sont inscrits sous la rubrique «Autres revenus»—Le demandeur n'a pas inclus ces montants dans son revenu—Ces montants ont été traités comme un revenu dans la cotisation (qui a été confirmée lors de l'établissement de la nouvelle cotisation)—L'art. 6 de la Loi de l'impôt sur le revenu est rédigé en termes généraux de façon que les «avantages sociaux» obtenus de l'employeur soient compris dans le revenu—Appel accueilli—Les sommes reçues ne constituent pas un avantage au sens de l'art. 6(1)a) ni une allocation au sens de l'art. 6(1)b)—Le critère pertinent est énoncé dans l'affaire *R. v. Poynton*, [1972] 3 O.R. 727 (C.A.): il s'agit de savoir si un «avantage» financier est conféré—L'affaire *Ransom, Cyril John v. Minister of National Revenue*, [1968] R.C.É. 293 fait encore autorité en ce qui concerne le remboursement—La question de savoir si l'employé était obligé de s'installer ailleurs ou s'il avait demandé sa réaffectation importe peu—Dépenses subies en raison de l'emploi—Aucun avantage financier conféré au demandeur—On a simplement rétabli la situation financière qui existait avant la réinstallation—Les paiements ne constituent pas des allocations, c.-à-d. que ce ne sont pas des sommes déterminées payées à l'avance en vue de permettre à celui qui les reçoit d'assumer un certain genre de dépenses dont il n'est pas tenu de rendre compte—Remboursement de dépenses véritables—Ce que l'employé a fait de l'argent importe peu étant donné qu'il a initialement payé les dépenses de sa poche—Les paiements permettaient au demandeur d'être dans la situation financière où il aurait été si ce n'avait été de la mutation—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. 140 art. 1), b).

SPLANE C. CANADA (T-1784-88, T-1877-88, juge Cullen, jugement en date du 10-7-90, 13 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

Appel d'un jugement de première instance accueillant l'appel interjeté à la suite de l'établissement de cotisations—Le ministre avait réduit la déduction réclamée pour 1977 en vertu de l'art. 125.1 à l'égard de la fabrication et de la transformation et avait refusé les déductions se rapportant aux années 1978 et 1979—L'intimée fournit une vaste gamme de services en vue de la complétion et de la stimulation de puits de pétrole et de gaz—Les services de complétion comprennent la cimentation, procédé selon lequel du laitier de ciment est pompé en vue de consolider et de garder en place les tuyaux qui sont abaissés dans les puits de forage—L'intimée mêle le laitier selon les exigences de chaque cas—Elle vend rarement ses mélanges spéciaux de ciment, mais elle fournit les matériaux ainsi mélangés lorsqu'elle fournit des services de mise en place sur le chantier de forage—Les services de stimulation visent à stimuler le débit de pétrole et de gaz dans les puits de forage de façon à faciliter le pompage à la surface—Cela comporte l'utilisation de fluides destinés à craquer la formation de roches et la mise en place d'agents de soutènement dans les fissures de façon à les ouvrir et à créer des canaux permettant l'écoulement du pétrole (fracturation), ou l'utilisation d'un acide spécialement mélangé destiné à créer des canaux d'écoulement en dissolvant la formation ou en enlevant les débris (acidification)—Les caractéristiques du fluide utilisé varient d'un puits à l'autre—L'intimée prépare normalement des propositions de traitement—Elle fait des recommandations, mais c'est l'exploitant qui décide en dernier ressort des produits et des procédés—Le juge de première instance a eu raison de conclure que l'intimée transformait des «marchandises»—Il s'agit de savoir s'il s'agissait de «marchandises en vue de la vente»—Quant à la question de savoir si le juge de première instance a commis une erreur en refusant d'appliquer la distinction existant en common law entre un contrat de vente de marchandises et un contrat de fourniture d'ouvrage et de matériaux, l'affaire *Halliburton Services Ltd. c. La Reine* (1985), 85 DTC 5336 (C.F. 1^{re} inst.) est appliquée—Distinction faite avec l'affaire *Crown Tire Service Ltd. c. La Reine* (1983), 83 DTC 5426 (C.F. 1^{re} inst.) étant donné que le client décide finalement des produits, du matériel et des taux de pression à utiliser—Le client reçoit une facture pour les matériaux et pour les services fournis—L'intimée ne passe pas de simples contrats de prestation de services, mais transforme les marchandises selon les exigences du client, lesquelles elle utilise en vue de fournir les services spéciaux requis par celui-ci—Il importe peu de savoir à quel moment particulier et à quel endroit la propriété des marchandises est transmise lorsqu'il s'agit de déterminer les relations existant entre les parties—Il faut noter qu'étant donné que les produits fournis sont fabriqués selon les exigences particulières de l'exploitant ou du client et que celui-ci doit les payer, et ce, qu'il les utilise complètement ou non, le droit de propriété est peut-être transmis au moment où le produit est mélangé—Les activités de transformation de l'intimée constituent de la transformation de marchandises en vue de la vente au sens de l'art. 125.1(3)a—Question de savoir si l'intimée a le droit de réclamer des crédits d'impôt à l'investissement en vertu de l'art. 127(5) en ce qui concerne le coût du matériel et des machines utilisés dans le cadre des activités de transformation—Pour être admissible au crédit d'impôt à l'investissement, le bien doit être un «bien admissible» au sens de l'art. 127(10), c.-à-d. qu'il doit s'agir de machines prescrites destinées principalement à la fabrication ou à la transformation de marchandises en vue de la vente—Les

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

véhicules de l'intimée étaient initialement conçus pour la grand-route ou la rue, mais ils ont été tellement modifiés en vue de leur utilisation que leur utilité restreinte importe peu—Ils étaient principalement destinés à faire partie intégrante du procédé de cimentation ou de stimulation des puits de pétrole et de gaz—Étant donné que le matériel et les machines de l'intimée ne sont pas visés par une autre catégorie de l'annexe B, ils font partie de la catégorie résiduelle 8d(i) et sont donc assujettis au Règlement 4600(2)c), de sorte qu'ils sont admissibles au crédit d'impôt à l'investissement—De plus, ils sont compris dans la catégorie 29 en ce qui concerne le gain en capital—Appel rejeté—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-1971-72, chap. 63, art. 125.1 (édicé par S.C. 1973-74, chap. 29, art. 1), 127(5) (mod. par S.C. 1974-75-76, chap. 71, art. 9), (9),(10) (mod., idem; 1977-78, chap. 1, art. 1)—Règlement de l'impôt sur le revenu, DORS/54-682, art. 4600(2)e) (mod. par DORS/76-222, art. 1), 5200 (mod. par DORS/73-495, art. 1), annexe B, catégories 8d(i) (mod. par DORS/72-273, art. 1), 10a) (mod. par DORS/76-798, art. 7), 29 (édicé par DORS/73-433, art. 4; DORS/75-161, art. 3; DORS/76-798, art. 7).

NOWSCO WELL SERVICE LTD. C. CANADA (A-636-88, juge Urie, J.C.A., jugement en date du 10-4-90, 19 p.)

Entreprise agricole

Appel de la décision de la Cour canadienne de l'impôt récusant la validité des avis de nouvelle cotisation et permettant à la défenderesse de déduire le montant total des pertes découlant de son activité agricole pour les années d'imposition de 1977 à 1981—La défenderesse fait partie d'un groupe de sociétés contrôlé par le principal actionnaire—Ces sociétés fournissent des services aux personnes âgées et aux handicapés—En 1975 l'actionnaire a acheté une ferme et en a transféré la propriété à la défenderesse dont le rôle était de fournir des services de gestion au groupe—La ferme a été acquise en vue d'en vendre la production aux sociétés administrées par la défenderesse pour fins de consommation par les personnes âgées et par les handicapés et d'offrir des loisirs à ces derniers—La défenderesse se lança dans la production agricole et l'élevage mais ses tentatives furent infructueuses—La question qui se pose est de savoir si la principale source de revenu provient de l'agriculture ou d'une combinaison de l'agriculture et de quelque autre source ce qui permettrait de déduire la totalité des pertes conformément à l'art. 31(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu—La validité des avis de nouvelle cotisation est rétablie—La principale source de revenu découle de l'entreprise de services de gestion—Application des critères établis dans les arrêts: *Moldowan c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 480; *R. c. Graham*, [1985] 2 C.F. 107 (C.A.); *Morrissey c. Canada*, [1989] 2 C.F. 418 (C.A.)—Les capitaux engagés dans l'entreprise agricole devenaient avec le temps moins importants—La défenderesse consacrait beaucoup moins de temps à son entreprise agricole qu'à ses services de gestion—Absence de rentabilité présente et future de l'entreprise agricole qui n'a cessé d'accumuler des pertes—Augmentation annuelle des profits générés par l'entreprise de gestion—Loi de l'impôt

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

sur le revenu, S.R.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 31(1),(2),(3) (mod. par S.C. 1973-74, chap. 14, art. 7; 1979, chap. 5, art. 9).

CANADA C. SERVICE D'ADMINISTRATION CHAMPLAIN INC. (T-1100-86, juge Pinard, jugement en date du 15-2-90, 17 p.)

Gains en capital

Appel interjeté à la suite de l'établissement d'une nouvelle cotisation concernant l'année d'imposition 1982 dans laquelle le ministre avait déterminé que le gain en capital imposable de la demanderesse s'élevait à 11 850 \$ à l'égard d'un cheval de course vendu pour la somme de 24 700 \$—Le ministre a considéré que le cheval était un bien à usage personnel—Il a admis la somme de mille dollars à titre de prix de base rajusté—La demanderesse a allégué que les frais d'entretien du cheval pendant 4 ans, lesquels s'élevaient à 13 599 \$, devaient être ajoutés au prix de base rajusté—Question de savoir si le «prix pour le contribuable» mentionné à l'art. 54a(ii) comprend les frais d'entretien d'un cheval—Appel rejeté—La demanderesse a omis de s'acquitter de l'obligation qui lui incombait de prouver que la cotisation du ministre était erronée—Par «prix» on entend le prix que le contribuable paie pour acquérir le bien: *La Reine c. Stirling, G.* (1985), 85 DTC 5199 (C.A.F.)—Les seules sommes versées par la demanderesse pour obtenir le cheval étaient des frais de reproduction s'élevant à mille dollars—Les frais d'entretien du cheval ne font pas partie du prix pour le demandeur d'un bien à usage personnel—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 46(1), 54a(ii).

WATKINS C. CANADA (T-2282-85, juge McNair, jugement en date du 13-7-90, 7 p.)

Revenu ou gain en capital

Le bien-fonds a-t-il été acquis en vue d'être subdivisé et revendu ou en vue d'être utilisé dans le cadre d'une entreprise agricole?—Examen d'éléments tels que la taille du troupeau, la superficie existante, la distance entre la nouvelle propriété et la ferme, la nature du terrain et les améliorations qui y ont été apportées, la diminution de la taille du troupeau, le fait que l'exploitant ne savait pas exactement s'il allait continuer à faire de l'élevage, le temps qui s'était écoulé avant les ventes, les modifications du zonage—Appel rejeté—Les biens-fonds ont été acquis en vue d'un nouveau zonage et de la vente à profit.

HERTEL C. CANADA (T-1745-88, juge en chef adjoint Jerome, jugement en date du 28-3-90, 8 p.)

COMPAGNIES ASSOCIÉES

Appel d'une décision selon laquelle la cotisation qui avait été établie en vertu des art. 212 et 215 de la Loi était exacte, l'appelante devant payer l'impôt qu'elle avait retenu sur l'intérêt versé à une filiale possédée en propriété exclusive—Appel

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

rejeté—Lorsque la filiale se lie en passant divers contrats, elle n'est pas mandataire, mais commettant—Un mandat lie par essence le commettant seulement et non le mandataire—L'argument invoqué par l'appelante au sujet de l'art. 805 du Règlement n'est pas valable—Même si la filiale exploite une entreprise, elle le fait aux États-Unis et non au Canada.

ALBERTA GAS ETHYLENE CO. C. CANADA (A-1208-88, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 18-6-90, 2 p.)

CORPORATIONS

Interprétation de l'expression «corporation privée dont le contrôle est canadien» figurant à l'art. 125(6)a) en ce qui concerne les années d'imposition 1979 à 1982—Appels des décisions du ministre, qui avait refusé la déduction accordée aux petites entreprises pour le motif que la demanderesse n'étaient pas une corporation privée dont le contrôle était canadien—La société demanderesse a été constituée en 1967—Ses actions n'étaient pas cotées à la bourse—En 1972, elle a vendu ses actions à deux corporations publiques qui en ont reçu chacune la moitié—Un nouveau gestionnaire a acquis 25 % des intérêts et 50 % des droits de vote—Le contrat de gestion stipulait que la société demanderesse pouvait à son gré mettre fin à l'emploi du gestionnaire sans préavis, à la condition de lui verser le tiers des honoraires annuels—L'accord entre actionnaires permettait à une société appartenant exclusivement au gestionnaire d'acheter les actions pour son propre compte—Les corporations publiques avaient alors 37,5 % des actions chacune—L'accord entre actionnaires était résilié lorsque le contrat de gestion l'était, les corporations publiques étant autorisées à racheter les actions—Le conseil d'administration était composé de quatre membres des corporations publiques et du gestionnaire—Selon les statuts de la société demanderesse, le conseil d'administration ne pouvait être modifié qu'à la suite d'un vote majoritaire—Action rejetée—La demanderesse n'est pas une «corporation privée dont le contrôle est canadien» au sens de l'art. 125(6)a) en ce qui concerne les années d'imposition 1979 à 1982—Elle était assujettie au contrôle des corporations publiques—L'élément déterminant lorsqu'il s'agit de savoir qui a le contrôle n'est pas que les droits de vote étaient partagés également de sorte qu'aucune partie n'avait le contrôle, mais le fait qu'aucune partie ne pouvait vraiment modifier le conseil d'administration composé en majorité de personnes désignées par les corporations publiques—Il fallait un vote majoritaire pour que le conseil puisse être modifié—Les corporations publiques conservaient la majorité au sein du conseil d'administration, et ce, aussi longtemps qu'elles le voulaient—Question de savoir de qui relève le contrôle de droit et le contrôle de fait de la société demanderesse: affaire *Oakfield Developments (Toronto) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1971] R.C.S. 1032; *R. c. Imperial General Properties Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 288—Le fait que la demanderesse pouvait résilier le contrat de gestion, de sorte que les corporations publiques revenaient à la position qu'elles occupaient antérieurement, à savoir qu'elles détenaient chacune 50 % des actions, ne veut pas dire que ces dernières avaient le contrôle de la corporation—La jurisprudence applicable dit que tant que le contrat de gestion n'est pas résilié et que les actions ne sont pas achetées, aucune des parties n'a le contrôle au point de vue du vote—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72,

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

chap. 63, art. 126(6a) (mod. par S.C. 1977-78, chap. 1, art. 101; chap. 32, art. 32; 1980-81-82-83, chap. 48, art. 70).

INTERNATIONAL MERCANTILE FACTORS LTD. C. CANADA (T-261-86, T-262-86, T-263-86, T-264-86, juge Teitelbaum, jugement en date du 5-6-90, 19 p.)

LIBÉRATION CONDITIONNELLE

Demande présentée par un délinquant sexuel dangereux, incarcéré au pénitencier de Kingston, en vue de l'obtention d'un *mandamus* contraignant les intimés à préparer son cas conformément à l'art. 6 de la Loi sur les pénitenciers en permettant et en demandant à un médecin de terminer son évaluation—Dans une évaluation préliminaire, on avait recommandé qu'une seconde évaluation soit faite pendant que le détenu serait hospitalisé—Les frais de la seconde évaluation devaient s'élever à 14 000 \$—Le directeur a laissé savoir qu'il ne pouvait pas appuyer l'octroi d'une absence temporaire avec escorte en vue de faciliter une autre évaluation, mais il a déclaré qu'il voulait attirer l'attention de la Commission des libérations conditionnelles sur l'affaire de façon à connaître son point de vue—La décision du directeur n'était donc pas définitive—La requête est rejetée pour le motif qu'elle est prématurée, mais sans les frais et sans préjudice du droit que le requérant possède de présenter de nouveau une requête une fois que le directeur aura pris une décision définitive.

MACINNIS C. CANADA (SOLLICITEUR GÉNÉRAL) (T-1341-90, juge Dubé, ordonnance en date du 11-7-90, 6 p.)

Appel d'un jugement de la Section de première instance rejetant une demande présentée en vue d'obtenir un *certiorari* annulant l'ordonnance par laquelle la Commission des libérations conditionnelles révoquait la liberté surveillée de l'appelant ainsi qu'une ordonnance accordant des crédits pour la période que ce dernier avait passée sous garde aux États-Unis—L'appelant soutient que la durée de la peine a mal été calculée étant donné qu'on ne lui a pas accordé de crédits pour le temps passé dans une prison américaine—Il est bien établi que le temps passé sous garde aux États-Unis n'entre pas en ligne de compte pour l'application de la Loi sur la libération conditionnelle—La Commission des libérations conditionnelles n'est pas responsable du calcul de la durée de la peine—En outre, l'appelant n'a pas soulevé ce point en première instance—La Commission demeure compétente pour révoquer la libération conditionnelle même si elle a omis de prendre des mesures à l'égard du mandat de suspension dans le délai de 14 jours fixé par l'art. 22(3) de la Loi: il est établi en droit que le pouvoir de révoquer la libération conditionnelle ne dépend pas d'une suspension préalable en vertu de l'art. 22 de la Loi—Aucune crainte raisonnable de partialité—Appel rejeté—Loi sur la libération conditionnelle, L.R.C. (1985), chap. P-2, art. 16, 22, 25.

McCLARTY C. CANADA (COMMISSION NATIONALE DES LIBÉRATIONS CONDITIONNELLES) (A-991-88, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 5-7-90, 8 p.)

MARQUES DE COMMERCE**CONTREFAÇON**

Dommages-intérêts—Injonction permanente accordée et renvoi ordonné—Les demanderesse ont choisi les dommages-intérêts—Les demanderesse sont respectivement propriétaire et usager inscrit de la marque de commerce «Singer»—La défenderesse n'a pas présenté de défense et n'a pas comparu, bien qu'un avis lui eût été signifié—En l'absence de preuve, les tribunaux ont toujours jugé qu'il n'était pas nécessaire de prouver les dommages—Les dommages sont des dommages généraux—Une fois qu'il est conclu qu'on a causé préjudice à l'achalandage et qu'il en résulte de la confusion, les dommages sont présumés en droit—Les dommages sont fixés à 4 000 \$—Affidavit montrant que la défenderesse a été avisée de la résiliation du contrat accordé au dépositaire en août 1984—Nombreuses lettres subséquentes lui demandant de cesser et de s'abstenir—La défenderesse a continué à afficher l'enseigne «Singer» après qu'elle eut reçu les lettres et que la déclaration lui eût été signifiée en février 1989.

SINGER CO. C. ADAM'S KNIT AND SEW CENTER LTD. (T-248-89, arbitre Cousineau, rapport en date du 27-6-90, 3 p.)

ENREGISTREMENT

Appel d'une décision dans laquelle le registraire des marques de commerce avait rejeté une demande d'enregistrement de la marque de commerce «Just Workwear» devant être employée à l'égard des vêtements de travail pour le motif que celle-ci risquait de créer de la confusion avec la marque de commerce de la seconde intimée (Work Wear Corporation of Canada Ltd.) et absence de caractère distinctif—Appel rejeté—Le registraire n'a pas commis d'erreur en concluant qu'il y avait absence de caractère distinctif, que l'intimée utilisait la marque de commerce depuis plus longtemps, que les marchandises étaient presque identiques, que les marques étaient similaires et qu'elles se ressemblaient fortement.

TRIPLE G. MANUFACTURING INC. C. WORK WEAR CORP. (T-1635-88, juge McNair, jugement en date du 27-6-90, 15 p.)

PRATIQUE

Modification de l'ordonnance—Demande présentée par la défenderesse en vue de la modification d'une injonction interlocutoire (1) empêchant la demanderesse de vendre au Canada des aspirateur-balais portant la marque «Beam», sauf à la défenderesse; (2) obligeant la défenderesse à se procurer auprès de la demanderesse seulement les aspirateurs-balais «Beam»—L'ordonnance visait à maintenir le statu quo—Présumée omission par la demanderesse d'observer le statu quo en ne fournissant pas le nombre requis d'aspirateurs-balais et en vendant au Canada des aspirateurs similaires au produit «Beam»—Question de savoir si les faits sont suffisamment différents pour justifier un redressement extraordinaire comme la modification de l'ordonnance—Requête accueillie en partie—Il n'a pas été

MARQUES DE COMMERCE—Fin

prouvé que la vente d'aspirateurs similaires crée de la confusion—L'ordonnance est modifiée de façon à assurer un approvisionnement continu à la défenderesse.

WHITE CONSOLIDATED INDUSTRIES INC. C. BEAM OF CANADA INC. (T-343-90, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 3-5-90, 8 p.)

PÉNITENCIERS

Demande de *certiorari* visant à faire annuler une déclaration de culpabilité prononcée contre un détenu qui avait désobéi à l'ordre légitime d'un membre du Service correctionnel, et à obtenir une déclaration fondée sur l'art. 24 de la Charte, selon laquelle l'art. 41(2)c) du Règlement sur le service des pénitenciers va à l'encontre de l'art. 8 de la Charte dans la mesure où il autorise la fouille à nu d'un détenu—L'art. 41(2)c) prévoit qu'un membre du Service peut fouiller un détenu lorsqu'une telle mesure est raisonnable en vue de déceler la présence d'objets interdits—L'art. 8 garantit le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives—Le requérant, qui avait été condamné pour meurtre, n'avait pas voulu qu'on le fouille à nu avant que les shérifs l'accompagnent en dehors de l'établissement de Matsqui en vue de comparaître en justice—Un président indépendant avait jugé qu'il ne faisait pas partie de l'ordre judiciaire, mais du pouvoir exécutif et qu'il n'avait pas compétence pour décider que l'art. 41(2)c) du Règlement allait à l'encontre de la Charte—Demande rejetée—Une déclaration ne peut être obtenue qu'au moyen d'une action à moins que l'intimé ne consente à la chose et qu'un exposé conjoint des faits ne soit versé au dossier—L'intimé a opposé son refus et aucun exposé n'a été produit—L'art. 24(1) n'autorise pas la Cour à faire une déclaration à la suite de la présentation d'une simple demande—Compte tenu de l'affaire *Zwarich c. Procureur général du Canada*, [1987] 3 C.F. 253 (C.A.), le président indépendant est tenu de déterminer si l'art. 41(2)c) va à l'encontre de la Charte, en ne s'en tenant qu'aux circonstances établies devant lui—Seules les cours supérieures ont compétence pour déclarer qu'une disposition législative va à l'encontre de la Charte—La déclaration de culpabilité doit être confirmée—L'art. 41(2)c) du Règlement ne viole pas le droit à la protection contre les fouilles abusives qui est garantie par l'art. 8 de la Charte—Compte tenu des faits, il était raisonnable de fouiller le détenu à nu—Selon une preuve présentée par affidavit, il arrive souvent que des objets interdits, et notamment des armes, soient découverts au cours des fouilles à nu qui sont habituellement effectuées sur la personne des détenus qui quittent l'établissement ou qui y entrent—Étant donné que le requérant avait été condamné pour meurtre, on se préoccupait de la sécurité des gardes—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. 8, 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. 52—Règlement sur le service des pénitenciers, C.R.C., chap. 1251, art. 39a) (mod. par DORS/85-640, art. 4), 41(2)c) (mod. par DORS/80-462, art. 1).

HANNA C. ÉTABLISSEMENT DE MATSQUI (T-1479-90, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 13-7-90, 8 p.)

PRATIQUE

La demanderesse demande l'ajournement de l'audience pour le motif qu'il lui a été difficile sur le plan financier d'obtenir le témoignage d'un expert à la date d'audience qui avait été fixée à la suite de la présentation d'une demande commune des parties—Requête accueillie—Circonstances spéciales—Conditions imposées—Les dépens sont adjugés à la défenderesse sur la base des frais entre le procureur et son client quelle que soit l'issue de l'affaire en ce qui concerne la préparation additionnelle requise pour les interrogatoires préalables—Les frais entre les parties sont adjugés à la défenderesse en ce qui concerne la requête en instance—La requête en vue de la comparution immédiate des experts est rejetée—Les avocats doivent s'entendre sur la date des interrogatoires préalables—Les frais de cette dernière requête suivront l'issue de l'affaire.

ANDERSON C. NASTOR INC. (T-405-90, juge Collier, ordonnance en date du 7-8-90, 4 p.)

COMMUNICATION DE DOCUMENTS ET INTERROGATOIRE PRÉALABLE*Production de documents*

Requête en vue de la production de documents d'une société américaine, ces documents ayant été jugés confidentiels dans un jugement rendu aux É.-U., lequel portait sur des brevets connexes et mettait en cause un certain nombre des mêmes parties, ou en vue de la prise de mesures destinées à pénaliser la société par suite de la non-production en vertu de la Règle 465(5)—La société américaine était une filiale d'une société hollandaise exploitant son entreprise avec l'aide des demanderesses—Les employés de la société américaine devaient être interrogés au préalable pour le compte des demanderesses—Le droit qu'ont les demanderesses sur le brevet leur vient de la société américaine, qui leur aurait cédé le brevet—Jurisprudence établissant que la Règle 465(5) ne confère pas le droit d'interroger au préalable la personne qui a cédé un droit lorsque cette dernière n'est pas partie à l'action, qu'elle ne consent pas à être interrogée et qu'elle ne peut pas être assujettie à un subpoena étant donné qu'elle est à l'extérieur du pays—Les défenderesses ont tenté de remédier à la situation en signifiant un subpoena aux employés de la société américaine qui devaient se rendre au Canada en vue d'être interrogés pour le compte des demanderesses—Aucun des deux employés ne devait être au Canada à titre de représentant de la société américaine; leur présence n'avait pas pour effet d'assujettir la société américaine à la compétence de la Cour—Aucune preuve que ces deux employés étaient ceux qu'il convenait d'interroger pour le compte de la société américaine étant donné qu'ils n'avaient pas cédé le brevet ou quelque droit connexe; ils ne pouvaient donc pas être interrogés personnellement—Puisqu'il n'est pas prouvé que la société américaine était assujettie au contrôle des demanderesses, ces dernières ne peuvent pas être contraintes à produire des documents et la société américaine ne peut pas être contrainte à les fournir—En supposant que la loi américaine concernant le caractère confidentiel des documents est la même qu'au Canada, il serait tout à fait injuste d'exiger la production de documents confidentiels dans une action où la société américaine n'est pas partie et dans laquelle elle ne peut pas invoquer

PRATIQUE—Suite

ce privilège, compte tenu de la conclusion tirée par les tribunaux américains—Étant donné que la Cour n'est pas compétente pour ordonner la production des documents de la société américaine, elle ne peut pas sanctionner l'omission de produire ces documents et ordonner ainsi indirectement la production qu'elle ne peut pas exiger directement—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 465(5).

UNILEVER PLC C. PROCTER & GAMBLE INC. (T-2534-85, protonotaire-chef adjoint Giles, ordonnance en date du 16-8-90, 5 p.)

JUGEMENTS ET ORDONNANCES*Suspension d'exécution*

Demande de suspension d'exécution de la décision et des ordonnances émises par le Conseil canadien des relations du travail en attendant qu'il soit disposé de la requête de la requérante fondée sur l'art. 28 de la Loi sur la Cour fédérale—Application des mêmes principes que ceux qui régissent les demandes d'injonction interlocutoire—Un sursis ne contribuerait pas à permettre à la requérante de tirer avantage de sa propre turpitude—La requérante soulève des questions sérieuses à trancher dans sa demande de contrôle judiciaire—La requérante subirait un préjudice irréparable et les inconvénients les plus sérieux si le sursis n'était pas accordé—Demande accueillie.

IBERIA, LIGNES AÉRIENNES D'ESPAGNE, S.A. C. SYNDICAT CANADIEN DE LA FONCTION PUBLIQUE, SECTION LOCALE 4027 (T-1801-90, juge Pinard, ordonnance en date du 27-7-90, 2 p.)

Militaire des Forces canadiennes demandant un sursis d'exécution de toutes les procédures à intervenir relativement à son retrait des Forces canadiennes—Compétence de cette Cour en vertu de l'art. 50(1*b*) de la Loi sur la Cour fédérale pour surseoir à des procédures autres que celles dont elle est elle-même saisie—Apparence de violation du droit à la liberté du requérant puisqu'on l'oblige à retourner à Kingston contre son gré alors que deux paliers de grief lui ont reconnu le droit à un retrait des Forces canadiennes aux conditions prévues lors de son engagement—Sursis accordé jusqu'au 1^{er} septembre 1990, date à laquelle le ministère de la Défense nationale doit rendre une décision motivée relativement à son retrait des Forces canadiennes—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 50(1*b*).

DEROME C. CANADA (T-2121-90, juge Rouleau, ordonnance en date du 1-8-90, 3 p.)

MODIFICATION DES DÉLAIS

Demande de prorogation du délai de dépôt de l'avis d'appel—L'affidavit requis n'était pas joint à la demande—La requérante n'était pas représentée par un avocat—La Cour n'a ni le

PRATIQUE—Fin

temps ni le droit d'aider les profanes—Une telle activité anéantirait le rôle d'arbitre indépendant de la Cour—Le fondement de la prorogation n'a pas été prouvé—Demande rejetée.

DE KOROMPAY C. ONTARIO HYDRO (T-377-88, juge Muldoon, ordonnance en date du 17-7-90, 3 p.)

PLAIDOIRIES*Requête en radiation*

Appel de la décision du protonotaire-chef accueillant une requête en radiation d'allégations contenues dans la déclaration—Exercice du pouvoir discrétionnaire du protonotaire-chef—Aucune erreur de droit ni de fait—Appel rejeté.

CANADA C. AIR CANADA (T-373-88, juge Pinard, ordonnance en date du 15-6-90, 3 p.)

PREUVE

Appel d'une ordonnance rejetant la demande présentée par l'appelante en vue de l'obtention de quatre brefs de *certiorari*, de diverses ordonnances d'injonction et de la nomination d'un séquestre-gérant—Le juge des requêtes a conclu que rien dans les faits ne permettait le contre-interrogatoire au sujet d'une multitude d'affidavits contradictoires—À l'audience, l'appelante a renoncé à tous les redressements initialement demandés sauf un, à savoir le *certiorari* visant à faire annuler un jugement entaché de partialité, et a soutenu que la Cour était maintenant en mesure de prendre une décision étant donné que les faits à l'appui du redressement étaient tous reconnus—Appel rejeté—Aucun des faits n'a été mis à l'épreuve—Aucune erreur commise par le juge des requêtes—La décision qu'avaient prise les conseillers de la bande de se verser un salaire n'entraînait pas nécessairement un conflit d'intérêts—Le pouvoir des conseils de bandes est non seulement fondé sur le droit écrit, mais également sur le droit coutumier.

BANDE COOK'S FERRY C. BANDE COOK'S FERRY (CONSEIL) (A-368-89, juges Heald, Urie et Hugessen, J.C.A., jugement en date du 22-6-90, 4 p.)

REPRÉSENTATION PAR PROCUREUR OU SOLICITOR

Les défenderesses ont présenté une requête en vue d'obtenir une ordonnance empêchant les procureurs des demanderesses d'agir à titre d'avocats de l'une quelconque des demanderesses—Les procureurs des demanderesses n'ont jamais agi pour le compte des défenderesses—Absence de conflit—Les moyens allégués par les défenderesses sont fondés sur des conjectures et n'ont aucun fondement juridique—Requête rejetée.

SHIBAMOTO & CO. V. WESTERN FISH PRODUCERS, INC. (SYNDIC) (T-1810-88, juge Collier, ordonnance en date du 11-7-90, 8 p.)

RELATIONS DU TRAVAIL

Demande visant à faire infirmer la décision rendue par le Conseil canadien des relations du travail, selon laquelle des employés (soit des facteurs) qui avaient refusé de faire franchir la ligne de piquetage à leur camion avaient droit à la protection fournie par l'art. 128(1) du Code canadien du travail, Postes Canada ayant omis de se conformer à l'art. 128(7) et de faire enquête à la suite du rapport présenté par les employés en vertu de l'art. 128(6) avant de suspendre ceux-ci, en violation de l'art. 147a(iii)—Le Conseil a conclu que les employés avaient agi ainsi parce qu'ils s'inquiétaient de la sécurité des piqueteurs et non parce qu'ils voulaient appuyer les grévistes—Les employés agissaient à titre individuel et leurs actions n'avaient pas été autorisées par le syndicat—L'art. 128 prévoit que l'employé qui a un motif raisonnable de croire que le fonctionnement d'une chose constitue un danger pour un autre employé peut refuser de faire fonctionner la chose—L'art. 22(1) du Code prévoit que les décisions du Conseil sont définitives sauf lorsque ce dernier enfreint des principes de justice fondamentale, ou encore excède ou refuse d'exercer sa compétence—Postes Canada allègue que le Conseil a interprété l'art. 128 d'une manière manifestement déraisonnable en concluant (1) qu'un gréviste est «un autre employé» et (2) que le danger créé par le piquetage est un genre de danger envisagé par la partie II, de sorte que le Conseil a excédé de sa compétence—Il a été soutenu qu'étant donné que l'art. 3(2) (selon lequel une personne ne perd pas son statut d'employé par suite d'une grève) n'a pas d'équivalent dans la partie II et qu'étant donné qu'il ne s'applique expressément qu'à la partie I, le gréviste n'est pas un employé—Le Conseil a eu raison d'expliquer la différence entre les définitions de l'expression «employé» en se reportant aux objectifs des parties I et II—La partie I se rapporte à la négociation collective, et la direction en est exclue—La définition plus générale figurant dans la partie II se rapporte à la sécurité au lieu de travail et est destinée à s'appliquer à toutes les personnes qui travaillent pour un employeur—Interprétation non manifestement déraisonnable—Étant donné l'absence de restrictions à l'art. 128(1), qui ne prévoit pas par exemple que l'employé doit être «au travail» au sens où cette expression est utilisée ailleurs, il n'est pas manifestement déraisonnable d'interpréter la disposition comme n'obligeant pas l'«autre employé» à être au travail—La lecture de l'art. 128 et de l'art. 126 considérés ensemble appuie l'interprétation donnée par le Conseil à l'art. 128—Distinction faite avec la jurisprudence citée à l'appui de l'allégation selon laquelle le danger que présente le piquetage est un genre de danger prévu par la partie II du Code—Le point de vue adopté par le Conseil en ce qui concerne la portée de l'art. 128(1) et le danger qui existe pour les autres employés sur la ligne de piquetage n'est pas manifestement déraisonnable—Demande rejetée—Code canadien du travail, L.R.C. (1985), chap. L-2, art. 22(1), 126 (mod., idem (1^{er} suppl.), chap. 9, art. 4), 128 (mod., idem), 147 (mod., idem)—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28.

SOCIÉTÉ CANADIENNE DES POSTES C. UNION DES FACTEURS DU CANADA (A-64-89, juge Urie, J.C.A., jugement en date du 5-7-90, 14 p.)

RELATIONS DU TRAVAIL—Fin

Demande fondée sur l'art. 28 contre une décision d'un arbitre nommé en vertu du Code canadien du travail portant que le requérant n'avait pas été congédié par Lufthansa German Airlines, mais qu'il avait lui-même démissionné en refusant de retourner au travail à la suite d'une suspension disciplinaire—Les arguments du requérant sont mal fondés en droit—La demande est rejetée.

SROUGI C. CANADA (ARBITRE, CODE CANADIEN DU TRAVAIL) (A-135-89, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 17-5-90, 4 p.)

TRANSPORTS

Demandes visant à obtenir des injonctions provisoires empêchant les commissaires du havre de Toronto d'exiger des taxes d'embarquement et de débarquement; d'effectuer des dépenses à l'égard de l'expansion envisagée de services aériens commerciaux ou de la construction d'une nouvelle aérogare à l'aéroport des îles de Toronto, à l'exception de celles qui sont prévues dans le «budget approuvé» dont la responsabilité financière relève du ministre des Transports conformément à l'accord tripartite; d'employer les sommes d'argent provenant des activités non liées à l'aéroport en vue de financer l'expansion et de permettre à des transporteurs additionnels de fournir des services aériens commerciaux réguliers, à l'exception de ceux qui utilisent des aéronefs visés par la définition de l'expression «aviation générale» figurant dans l'accord tripartite, des aéronefs satisfaisant aux exigences concernant l'exécution du vol et la navigation s'appliquant aux ADAC et des aéronefs satisfaisant aux restrictions sonores établies dans le bail—Il est allégué qu'on a violé les Lois de 1911 et de 1985 sur les commissaires du havre de Toronto et l'accord tripartite en ce qui concerne l'étendue et la nature des activités à l'aéroport de Toronto—Demandes rejetées—L'injonction provisoire est un recours extraordinaire relevant de la compétence de la Cour en *equity*—Une question grave doit être tranchée, mais l'existence d'un préjudice irréparable et la question de savoir de quel côté penche la balance des inconvénients n'ont pas été établies—Les actions autorisées par la Commission du havre de Toronto ne sont pas déraisonnables—Le genre d'aéronef, le nombre de vols et le fait que l'intérêt public exige un meilleur service et un plus grand nombre de vols ne causent pas un préjudice irréparable aux requérantes—Quant à la balance des inconvénients, Air Ontario est prête à commencer son exploitation, bien que le fait que City Express doive exploiter son entreprise avec un autre transporteur présente plus d'inconvénients pour cette dernière.

TORONTO (VILLE) C. CANADA (MINISTRE DES TRANSPORTS) (T-816-90, T-792-90, juge Cullen, ordonnance en date du 30-3-90, 7 p.)

TRANSPORTS—Suite

liées à l'aéroport en vue de financer l'expansion et de permettre à des transporteurs additionnels de fournir des services aériens commerciaux réguliers, à l'exception de ceux qui utilisent des aéronefs visés par la définition de l'expression «aviation générale» figurant dans l'accord tripartite, des aéronefs satisfaisant aux exigences concernant l'exécution du vol et la navigation s'appliquant aux ADAC et des aéronefs satisfaisant aux restrictions sonores établies dans le bail—Il est allégué qu'on a violé les Lois de 1911 et de 1985 sur les commissaires du havre de Toronto et l'accord tripartite en ce qui concerne l'étendue et la nature des activités à l'aéroport de Toronto—Demandes rejetées—L'injonction provisoire est un recours extraordinaire relevant de la compétence de la Cour en *equity*—Une question grave doit être tranchée, mais l'existence d'un préjudice irrépa-

TRANSPORTS—Fin

rable et la question de savoir de quel côté penche la balance des inconvénients n'ont pas été établies—Les actions autorisées par la Commission du havre de Toronto ne sont pas déraisonnables—Le genre d'aéronef, le nombre de vols et le fait que l'intérêt public exige un meilleur service et un plus grand nombre de vols ne causent pas un préjudice irréparable aux requérantes—Quant à la balance des inconvénients, Air Ontario est prête à commencer son exploitation, bien que le fait que City Express doive exploiter son entreprise avec un autre transporteur présente plus d'inconvénients pour cette dernière.

TORONTO (VILLE) C. CANADA (MINISTRE DES TRANSPORTS) (T-816-90, T-792-90, juge Cullen, ordonnance en date du 30-3-90, 7 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

Demande fondée sur l'art. 28 attaquant une décision de la Cour canadienne de l'impôt—La Cour a mal compris la question à laquelle elle devait répondre—Il ne s'agissait pas de savoir si le contrat intervenu entre le requérant et son prétendu employeur était un contrat d'entreprise plutôt que de louage de service mais de savoir si, pendant la période en cause, le requérant avait en fait travaillé contre rémunération pour le compte de son prétendu employeur—La demande est accueillie.

LÉPINE C. M.R.N. (A-509-89, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 10-9-90, 2 p.)

Demande de révision d'une décision d'un juge-arbitre infirmant une décision d'un conseil arbitral et rétablissant les décisions par lesquelles la Commission de l'emploi et de l'immigration avait refusé de proroger les délais pendant lesquels les requérants pouvaient en appeler d'autres décisions de la Commission relatives à des payes de vacances qu'ils avaient reçues—L'art. 79 de la Loi sur l'assurance-chômage confère à la Commission le pouvoir discrétionnaire de proroger le délai d'appel «pour des raisons spéciales»—Le conseil ne pouvait, sans motifs valables, substituer son pouvoir discrétionnaire à celui de la Commission—La demande est rejetée.

CHARTIER C. CANADA (COMMISSION DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-42-90, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 13-9-90, 2 p.)

COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE

SECTION DE PREMIÈRE INSTANCE

Opposition à une saisie-exécution immobilière, fondée sur le Code de procédure civile du Québec, à la suite d'un jugement rendu en faveur des demandeurs dans le cadre d'une action en violation de brevet et condamnant les défenderesses à leur payer la somme de 760 000 \$—L'opposante, une tierce partie non directement intéressée dans le litige principal entre les demandeurs et les défenderesses, soutient avoir acquis les immeubles saisis par vente en bloc—Les parties demandent à la Cour de déterminer essentiellement si elle est compétente, dans le cadre de l'exécution de l'un de ses jugements, pour connaître d'une opposition à saisie-exécution, lorsque cette opposition est faite par une tierce partie et qu'elle est contestée sur la base du droit civil québécois—La Cour a compétence pour décider du bien-fondé de l'opposition à la saisie-exécution puisqu'elle s'inscrit dans le cadre d'un jugement rendu dans une action en violation

COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE— Suite

de brevet où la Cour est manifestement compétente—La compétence de la Cour subsiste dans tout litige rattaché à une procédure d'exécution du jugement sur l'action principale à l'égard de laquelle la Cour est compétente—La Cour est donc compétente.

STANDAL, SUCCESSION C. SWECAN INTERNATIONAL LTÉE (T-3509-80, juge Pinard, ordonnance en date du 18-9-90, 7 p.)

Appel d'une ordonnance dans laquelle le protonotaire en chef rejetait la requête qui avait été présentée en vue de faire radier un avis à la tierce partie déposé par la défenderesse pour le motif que la Cour n'avait pas compétence *rationae materiae* à l'égard de la réclamation que la défenderesse avait faite contre la tierce partie dans une action en contrefaçon—Les art. 8 et 55 de la Loi sur les marques de commerce et les art. 20 et 26 de la Loi sur la Cour fédérale satisfont au critère concernant la compétence: *ITO—International Terminal Operators c. Miida Electronics et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), chap. T-13, art. 8, 55—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 20, 26.

BAKER CUMMINS PHARMACEUTICALS INC. C. DORMER LABORATORIES INC. (T-275-89, juge Pinard, ordonnance en date du 18-9-90, 5 p.)

Requête sur consentement que Roadway Services a présentée en vue d'être mise en cause à titre de partie défenderesse intimée—La Cour n'a pas compétence pour trancher le litige entre la requérante et l'intimée proposée—L'autorisation d'intervenir ne peut pas être accordée lorsqu'elle n'est pas demandée—Requête rejetée.

MULTIMODAL INC. C. M.R.N. (T-1679-90, protonotaire-chef adjoint Giles, ordonnance en date du 24-8-90, 2 p.)

Mandamus—Le Secrétariat d'État n'a rien à voir avec le grief du requérant—Le refus de subvention sous le régime du Programme de contestation judiciaire relevait de la compétence du Conseil canadien du développement social, un organisme privé envers lequel la Cour ne peut exercer aucun droit de surveillance—La Cour ne serait pas plus compétente à l'égard du Centre de recherche et d'enseignement sur les droits de la personne de l'Université d'Ottawa qui a remplacé le Conseil pour les fins de l'administration du Programme depuis le 20 juillet 1990—En outre, la demande ne paraît pas avoir été traitée de

COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE—

Fin

façon abusive, arbitraire ou injuste—Le pouvoir du Conseil en ce qui concerne des demandes de subvention est discrétionnaire—Rien ne permet à la Cour d'intervenir dans l'exercice de cette discrétion—Requête rejetée.

KIBALE C. CANADA (SECRETARIAT D'ÉTAT) (T-2090-90, juge Joyal, ordonnance en date du 24-8-90, 2 p.)

CONTRÔLE JUDICIAIRE

Exercice d'un pouvoir discrétionnaire conféré par la loi—Action en dommages-intérêts résultant du fait que le défendeur avait tardé à délivrer une licence d'importation à la demanderesse en vertu de l'art. 8 de la Loi sur les licences d'exportation et d'importation—La demanderesse a besoin d'une licence pour vendre aux détaillants des tricots importés—Elle crée des vêtements haute couture—L'entreprise est de nature saisonnière et la question du temps a une importance cruciale—La mode change complètement à la fin de chaque saison—La demanderesse a passé un contrat avec la société de Hong Kong habituelle au printemps 1986 en vue de la fabrication de tous les vêtements tricotés requis pour la collection du printemps et de l'été 1987—La société de Hong Kong a passé un contrat de sous-traitance avec une société chinoise—Les marchandises sont arrivées à Montréal le 5 janvier 1987—La licence a été refusée étant donné que le quota s'appliquant aux tricots conformément à une convention d'export-import conclue entre le Canada et la Chine populaire avait été dépassé—La demanderesse a informé les Affaires extérieures de la chose—La Direction générale des relations commerciales spéciales a négocié avec les autorités chinoises pour régler le problème des marchandises expédiées en trop—Une licence d'importation a été délivrée à la demanderesse le 6 février 1987—La demanderesse allègue que des clients ont annulé des commandes et demandé des remises par suite du retard—Elle soutient qu'aucune nouvelle commande n'a été reçue étant donné que la saison tirait à sa fin lorsque le premier chargement est arrivé—Elle allègue que le refus de délivrer la licence d'importation va à l'encontre de la loi et qu'il n'a aucune apparence de droit et qu'elle a subi des dommages par suite du refus—La question cruciale est celle de savoir dans quelles circonstances et dans quelle mesure les tribunaux examinent le bien-fondé de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire conféré par la loi qui n'est pas assujéti à un appel en vertu de la loi ni limité par des dispositions expresses—Action rejetée—Selon la jurisprudence, l'art. 8 confère au ministre le pouvoir discrétionnaire de délivrer une licence—Il ne crée pas l'obligation de délivrer une licence si certaines conditions sont remplies: *Maple Lodge Farms c. R.*, [1981] 1 C.F. 500 (C.A.), conf. par [1982] 2 R.C.S. 4—Aucune preuve que le défendeur a exercé d'une manière illégitime le pouvoir discrétionnaire conféré par l'art. 8 de la Loi—Aucune preuve de mauvaise foi, de malveillance, de fraude ou de négligence—La portée de l'examen concernant l'exercice du pouvoir discrétionnaire dépend entièrement de la loi en cause ainsi que de l'esprit et de l'objet de la Loi: *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997 (H.L.)—La Loi sur les licences d'exportation et d'importation permet au gouvernement d'exercer un contrôle sur l'importation de textiles et

CONTRÔLE JUDICIAIRE—Suite

de produits textiles en vue de protéger l'industrie textile canadienne et de conclure un accord avec les pays exportateurs en vue du contrôle de la quantité de marchandises exportées—La politique selon laquelle on refuse de délivrer des licences d'importation lorsque le quota est atteint est conforme à l'esprit et à l'objet de la Loi—De plus, le défendeur s'est efforcé d'aider la demanderesse—La demanderesse a une longue expérience dans le domaine de l'importation—Aucune preuve de dommages—Loi sur les licences d'exportation et d'importation, S.R.C. 1970, chap. E-17, art. 8 (mod. par S.C. 1984, chap. 25, art. 105).

PRÊT-À-PORTER ORLY LTD. C. CANADA (T-131-88, juge Rouleau, jugement en date du 14-6-90, 12 p.)

BREFS DE PRÉROGATIVE*Certiorari*

Demande de *certiorari* en vue de l'annulation de la décision qu'avait prise l'agent des visas de Hong Kong de rejeter la demande de résidence permanente du requérant ainsi qu'en vue de l'obtention d'un *mandamus* ordonnant le réexamen de la demande—En réponse à la demande de renseignements qu'il avait faite au bureau de Hong Kong du commissariat du Canada le 13 octobre 1987 au sujet de la procédure à suivre en vue de la présentation d'une demande du statut de résident permanent au Canada, on avait dit au requérant de remplir le questionnaire d'évaluation préliminaire avant de remplir la formule de demande («IMM8»)—On ne lui avait pas dit qu'il pouvait obtenir la formule IMM8 sans d'abord remplir le questionnaire—Le questionnaire rempli a été remis le 16 octobre 1987—Le requérant a reçu la formule IMM8 le 28 octobre 1987—Il a rempli la formule et l'a retournée avec la somme exigée le 16 novembre 1987—La demande a été évaluée à l'étape préliminaire de sélection administrative le 14 mars 1988—Pour être admissible, le requérant devait obtenir au moins 70 points, un maximum de dix points pouvant lui être attribués pour la demande dans la profession—Le requérant s'est vu attribuer 59 points à l'étape de la sélection administrative, dont un point pour la demande professionnelle—Soixante-cinq points ont été attribués à la suite de l'entrevue du 7 avril 1989—Le requérant a été informé que la demande avait été rejetée principalement parce que les points pouvant être attribués à l'égard de la demande professionnelle avaient été réduits de dix à un quatre jours avant qu'il eût remis la formule IMM8—Le requérant se serait probablement vu attribuer 70 points, si le nombre de points pouvant être attribués dans la catégorie professionnelle n'avait pas été réduit—Réexamen de la demande à la suite de l'entrevue—La décision est demeurée la même—Question en litige: (1) date de la demande; (2) date de l'évaluation; (3) caractère équitable de la procédure de présentation de la demande—(1) Le personnel de la Commission n'était pas tenu d'informer le requérant qu'il pouvait demander la formule IMM8 plutôt que le questionnaire—Les agents ont agi en toute bonne foi en appliquant les politiques du Ministère—L'agent a légitimement exercé son pouvoir discrétionnaire lorsqu'il a présumé que la date de présentation de la demande était celle où la formule IMM8 avait été remplie et les

CONTRÔLE JUDICIAIRE—Fin

droits acquittés—Il n'a commis aucune erreur de droit en considérant que la demande avait été présentée le 6 novembre 1987—(2) Lorsque la demande a été présentée, l'agent a considéré que la date d'évaluation était celle de la date de la sélection administrative—Depuis juin 1988, l'évaluation prenait effet à la date de présentation de la demande dans le cas d'une demande reçue avant le 3 novembre 1987—(3) L'agent n'a pas manqué au devoir de se montrer équitable—Ce n'est que conjecture que de supposer que le requérant aurait remis la formule IMM8 remplie et aurait acquitté les droits avant le 2 novembre 1987 et que le nombre de points attribués à l'égard de la demandé professionnelle n'aurait pas été le même s'il avait reçu la formule IMM8 le 13 octobre 1987—L'agent n'a pas commis d'erreur de droit et n'a pas outrepassé son pouvoir discrétionnaire—Aucune preuve d'injustice à l'enquête initiale et pendant l'examen de la décision—Demande rejetée—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 9—Règlement sur l'immigration, 1978, DORS/78-172.

CHOI C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-328-90, juge MacKay, ordonnance en date du 27-9-90, 22 p.)

COURONNE**CONTRATS**

Action visant au recouvrement de la somme de 479 960 \$ pour enrichissement sans cause; à l'obtention d'une déclaration rectifiant la convention d'exploitation d'une marina appartenant à la Couronne dans le port d'Oshawa, de façon à modifier la date à laquelle la convention devait prendre fin ainsi que d'autres clauses; ou subsidiairement, à l'octroi de dommages-intérêts s'élevant à 1 200 000 \$—Négociations avec la Commission du port d'Oshawa en ce qui concerne la convention d'exploitation—Bail, permis, vente envisagés—Vente à la Commission des accessoires fixes et des biens meubles de la demanderesse qui se trouvent dans la marina—La durée de la convention devait être de trois ans, et la convention était renouvelable pour un autre terme de trois ans aux conditions fixées par la Commission—Les négociations ont échoué; la demanderesse et la Commission ont mis fin à leurs relations—La preuve n'établit pas l'existence des conditions nécessaires en vue de la rectification—Aucune preuve d'accord commun—Aucun *animus contrahendi* établi—La demande de dommages-intérêts est rejetée étant donné que la Commission n'a pas agi déraisonnablement compte tenu des circonstances—La demande fondée sur l'enrichissement sans cause est également rejetée étant donné que la demanderesse a omis d'établir la juste valeur marchande des biens vendus au moment de la signature de la convention—En outre, il ne s'agit pas d'un enrichissement sans cause: le recouvrement n'est pas disponible lorsque l'enrichissement découle d'un contrat exécutoire qui a pleinement été respecté, lorsque la validité du contrat n'est pas contestée pour le motif qu'il y aurait eu fraude, erreur ou contrainte ou lorsque le contrat ne peut pas être rectifié—Doute au sujet de la crédibilité de certains éléments de preuve présentés par la demanderesse—Action rejetée.

ONTARIO CRUISEMARINE LTD. C. CANADA (T-2181-85, juge Strayer, jugement en date du 10-7-90, 41 p.)

COURONNE—Suite

Contrat d'entretien de deux ans d'une valeur de 55 670 \$—Question de savoir si la demanderesse doit payer les pièces de rechange, dont le coût s'élève à 40 802,03 \$—Les pièces ont fait défaut sans que la demanderesse soit fautive—Le premier soumissionnaire s'était retiré après avoir appris à la réunion qu'il devait remplacer le matériel défectueux à ses propres frais—Action rejetée—Les conditions du contrat sont claires, de sorte qu'on ne peut pas s'appuyer sur l'art. 1013 du Code civil du Bas-Canada en vue de l'interprétation—Le contrat stipule clairement que le coût de toutes les pièces de rechange et du matériel connexe visés par le contrat est assumé par la demanderesse—D'après la preuve, la demanderesse a reconnu que l'une de ses obligations consiste à assumer les frais de remplacement de toute pièce qui fait défaut pendant la durée du contrat d'entretien—La défenderesse a expliqué le contrat clause par clause, et a remis à la demanderesse une liste des pièces qui devaient être disponibles en cas de défectuosité—La demanderesse a obtenu une assurance supplémentaire à la demande de la défenderesse, en vue du paiement des frais de remplacement—Les frais de remplacement n'étaient assurés que si les pièces étaient endommagées par la demanderesse.

AV-TECH INC. C. CANADA (T-67-86, juge Teitelbaum, jugement en date du 15-6-90, 29 p.)

RESPONSABILITÉ DÉLICTEUELLE

Responsabilité de l'occupant—Action en dommages-intérêts visant à indemniser les demandeurs de la perte et du dommage subis par le demandeur, âgé de 17 ans, dans un accident de moto-cross en juin 1985, celui-ci étant devenu paraplégique à la suite de l'accident—L'accident s'est produit sur un terrain vague de la Couronne situé près de l'aéroport international de Vancouver—Question de responsabilité seulement—Quant à la question préliminaire, la Couronne n'a pas subi de préjudice en recevant l'avis de réclamation en dehors du délai étant donné que le directeur de service à l'aéroport et des agents de la GRC s'étaient présentés sur les lieux de l'accident—La Couronne n'est pas responsable—Il est dangereux de faire du moto-cross—Le demandeur aurait dû être conscient de la présence d'autres motocyclistes sur le parcours—Le demandeur a omis de s'assurer du sens du parcours utilisé par les autres motocyclistes et est entré en collision frontale avec une autre moto là où il y avait un saut sans visibilité—Il s'est montré négligent en présumant le sens du parcours sans vérifier la chose—Le demandeur connaissait bien le parcours et le saut—Il savait que les séances d'entraînement étaient normalement organisées avec des contrôleurs et des observateurs—Il n'était pas obligé de faire le saut—Il a supposé que la voie était libre et il a couru un risque—C'était comme conduire une voiture en sens inverse sur une pente et dans une courbe où la visibilité est nulle—Le demandeur a fait preuve d'une grave négligence—La Couronne est l'occupant du terrain au sens de l'art. 5(1)b) de la Loi sur la responsabilité de la Couronne; par conséquent, elle est assujettie à l'Occupiers's Liability Act de la C.-B.—Toutefois, la Couronne n'est pas responsable en l'espèce, étant donné que la loi de la C.-B. prévoit que l'occupant n'a aucune obligation de diligence envers la personne qui accepte de son plein gré de s'exposer à un danger à ses propres risques, comme le demandeur l'a fait en l'espèce—Le danger résulte de l'activité du demandeur,

COURONNE—Fin

et non d'un aspect de la propriété de la Couronne—Action rejetée—Loi sur la responsabilité de la Couronne, S.R.C. 1970, chap. C-38, art. 3(1)*b*), 5(1)*b*).

PLATTS C. CANADA (T-2653-85, juge Muldoon, jugement en date du 27-7-90, 36 p.)

Négligence—Action en dommages-intérêts par suite d'une blessure aux yeux subie par une détenue de la prison pour femmes de Kingston lorsque du «décapant» liquide l'a éclaboussée au visage—Les médecins ont d'abord cru que la demanderesse deviendrait aveugle, mais elle s'est complètement rétablie en une soixantaine de jours—La demanderesse a exagéré la gravité de sa blessure et la durée de sa convalescence—Le montant des dommages-intérêts est fixé à 1 800 \$—La description du pot et la version des faits données par la demanderesse contredit celle des gardes—Le témoignage des gardes est retenu—La blessure est uniquement attribuable à la négligence de la demanderesse qui a accidentellement heurté le pot ou qui a accidentellement donné un coup de pied sur le pot—Aucune négligence de la part de la défenderesse, de ses préposés ou de ses mandataires—Action rejetée avec dépens.

CÔTÉ C. CANADA (T-1052-87, juge Martin, jugement en date du 3-10-90, 8 p.)

DOUANES ET ACCISE**LOI SUR LA TAXE D'ACCISE**

Appel d'une cotisation—En vertu de l'art. 27 de la Loi sur la taxe d'accise, est imposée une taxe sur la vente de toutes les marchandises produites ou fabriquées au Canada, laquelle est payable par le fabricant au moment où les marchandises sont livrées ou au moment où la propriété des marchandises est transmise—Selon l'art. 26(7) (1) celui qui traite une pellicule est réputé être un fabricant (2) les marchandises sont réputées être vendues et (3) le montant réclamé est réputé être le prix de vente—La demanderesse s'occupe du traitement de pellicules; elle loue du matériel de traitement et fournit des services de gestion—West Coast Photography Ltd. s'occupe de prendre des photographies dans les écoles—Selon une décision datant de 1984, West Coast était désignée comme étant un «petit fabricant» et comme n'étant pas tenue de demander une licence en vertu de l'art. 31 de la Loi sur la taxe d'accise; la demanderesse a conclu un contrat selon lequel West Coast louait ses locaux et son matériel pendant la soirée—De septembre à décembre 1984, West Coast a embauché son propre personnel et a acheté le papier et les produits chimiques nécessaires en vue de traiter les pellicules—Depuis le 1^{er} janvier 1985, West Coast et la demanderesse étaient contrôlés par la même personne—Après le 1^{er} janvier 1985, le personnel de la demanderesse effectuait en même temps du travail pour les clients et pour West Coast bien qu'un employé particulier eût été désigné pour faire le travail de West Coast—Le matériel utilisé en vue du traitement du développement et de l'impression était le même—Depuis le mois de septembre 1985, le travail de West Coast était de nouveau effectué pendant le poste de soirée, trois ou quatre employés travaillant exclusivement pour elle—Le travail de West Coast était supervisé et contrôlé par Symonds, qui était l'âme dirigeante de la demanderesse et de West Coast—À la

DOUANES ET ACCISE—Fin

suite d'une vérification concernant la taxe de vente fédérale, la cotisation de la demanderesse a été établie comme si celle-ci était fabricante de photographies—La cotisation concluait que le personnel de la demanderesse exerçait un degré important de contrôle sur le travail effectué au cours du traitement et que le montant réclamé de West Coast était le même que celui qui était exigé des autres clients commerciaux—La décision de 1984 ne portait que sur la location de matériel usagé de finition de photos—La demanderesse s'occupait réellement du traitement pour West Coast après le 1^{er} janvier 1985—Le montant réclamé de West Coast était le prix ordinaire de la demanderesse et pouvait servir de fondement en vue du calcul de la taxe d'accise—Il est inutile pour le ministre de déterminer le prix raisonnable du travail de traitement conformément à l'art. 34 de la Loi sur la taxe d'accise—Étant donné que la représentante du ministre n'a rien dit en vue de pousser la demanderesse à adopter une autre position, et qu'elle n'avait pas l'intention de pousser la demanderesse à le faire, la défenderesse pouvait établir la cotisation—Loi sur la taxe d'accise, S.R.C. 1970, chap. E-13, art. 26(7) (édicte par S.C. 1980-81-82-83, chap. 68, art. 8), 27 (mod. idem, art. 10; 1986, chap. 9, art. 16), 34.

TRICOLOR PROLAB LTD. C. CANADA (T-703-88, juge Teitelbaum, jugement en date du 19-7-90, 28 p.)

DROIT MARITIME**CONTRATS**

Demande en vue de l'obtention d'une ordonnance renvoyant à l'expert maritime la question de savoir si le navire défendeur était en état d'être livré et en vue de l'obtention d'une ordonnance dans laquelle seraient données des directives au sujet de la garde du navire depuis la date où il pourra être livré conformément au jugement rendu par le juge Walsh jusqu'à la date d'audition de l'appel—L'essai en mer montrait apparemment que le navire n'était pas en état d'être livré—Litige au sujet de la gravité des défauts—Preuve montrant que l'acheteur hésitait, qu'il espérait avoir gain de cause en appel et qu'il n'était pas prêt à accepter sans rien dire la procédure énoncée en première instance—Il n'est pas nécessaire que l'expert maritime soit l'arbitre—Le navire était prêt à être livré conformément au jugement rendu en première instance—Il peut être livré sans délai si les pièces nécessaires, reconnues par la défenderesse, sont installées—Le demandeur doit décider où le navire doit être gardé pendant l'appel et de quelle manière il doit l'être—Le demandeur doit fournir sans délai une garantie de 30 000 \$.

CASDEN C. COOPER ENTERPRISES LTD. (T-442-88, juge Cullen, ordonnance en date du 26-9-90, 6 p.)

Requête présentée par la seconde défenderesse *Avalon Voyager* en vue de faire radier la déclaration pour le motif qu'il n'existe aucune cause raisonnable d'action, que la demande est frivole et qu'il y a abus de la procédure—La réclamation de la demanderesse porte sur des matériaux fournis à l'*Avalon Voyager* et pour le compte de l'*Avalon Voyager* apparemment à la demande de la quatrième défenderesse—La défenderesse allègue qu'elle n'a pas conclu de marché avec la demanderesse et

DROIT MARITIME—Fin

qu'elle n'a pas commandé, ni autorisé qui que ce soit à commander, des marchandises de la demanderesse; par conséquent, il n'existe aucune cause d'action *in personam* contre le propriétaire en vertu de laquelle l'*Avalon Voyager* pourrait être responsable *in rem*—L'affaire *Judge & Sons v. The Ship John Irwin* (1911), 14 R.C.É. 20 concernant les fournitures nécessaires est considérée comme étant presque sans valeur—Il n'y a rien de clair ou d'évident au sujet des allégations de la requérante permettant de radier la déclaration—Toute réclamation découlant d'un contrat de construction, de réparation ou d'armement du navire en cause doit être réglée uniquement à la suite d'un examen minutieux des faits de l'affaire—Requête rejetée.

CRANE CANADA INC. C. GOLDEN PRINCESS (THE)
(T-1426-90, juge Muldoon, ordonnance en date du 17-9-90, 8 p.)

ÉNERGIE

Demande visant à l'obtention d'une ordonnance constatant que l'Office national de l'énergie ne s'était pas conformé à une ordonnance judiciaire l'obligeant à ajouter la question de «la méthodologie tarifaire» à la liste des questions devant être prises en considération dans le cadre des audiences concernant l'expansion des installations de TransCanada Pipelines (TCPL)—L'Office a interprété l'ordonnance comme l'obligeant à «examiner la question de la méthodologie tarifaire appropriée pour les installations proposées», c'est-à-dire le projet d'agrandissement devant faire l'objet des audiences—La requérante a soutenu que la question aurait dû être formulée de façon à obliger l'Office à examiner comment les coûts associés à l'ensemble des installations de TCPL doivent être tarifés pour l'année d'essai 1991 de TCPL et les années subséquentes—Elle demande également que soit établie une nouvelle liste des questions devant être réglées par l'Office—Ordonnance selon laquelle il incombe à l'Office de déterminer les questions pertinentes se rapportant à l'examen de la méthodologie tarifaire dans le cadre des audiences GH-5-89—L'ordonnance ne tentait pas de définir «les questions précises» à examiner parce que ce n'est pas la Cour, mais l'Office, qui possède les compétences requises pour le faire—La manière dont l'Office a interprété l'ordonnance ne constitue pas une violation donnant lieu à un outrage au tribunal—La requérante a également soutenu qu'elle n'avait pas été entendue de façon entière et équitable étant donné que l'Office avait refusé de rouvrir la question de la méthodologie tarifaire applicable au transport effectué par les installations déjà approuvées—La décision de l'Office n'empêche pas l'examen des méthodologies tarifaires applicables aux installations déjà approuvées, mais empêche une décision définitive visant à modifier la méthodologie en vigueur—La procédure adoptée par l'Office requiert qu'une décision définitive soit prise uniquement dans le cadre d'une autre procédure à laquelle toutes les parties concernées seraient invitées à participer—Aucun fondement permettant de rendre une ordonnance fondée sur l'art. 18—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663,

ÉNERGIE—Fin

Règles 355(1), 1906—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 18.

INDUSTRIAL GAS USERS ASSN. C. CANADA (OFFICE NATIONAL DE L'ÉNERGIE) (T-2984-89, juge Reed, ordonnance en date du 17-8-90, 14 p.)

ENVIRONNEMENT

Dans le cadre d'une action intentée en vertu de l'art. 18 en vue de l'obtention d'une déclaration selon laquelle le permis par lequel le ministre des Pêches et Océans autorisait la Vancouver Public Aquarium Association à capturer trois baleines blanches était invalide, des requêtes visant à l'obtention d'une injonction interlocutoire empêchant l'aquarium d'attraper les baleines et de les transporter à Vancouver ont été présentées—Les demandereses avaient également déposé une requête en vue d'obtenir un *certiorari* annulant le permis et un *mandamus* obligeant le ministre à se conformer au Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement en ce qui concerne la demande de permis—(1) Question de savoir si les demandereses ont qualité pour intenter la procédure—Compte tenu du jugement rendu dans l'affaire *Finlay c. Canada (ministre des Finances)*, [1986] 2 R.C.S. 607, et de la jurisprudence subséquente, les organismes de protection de l'environnement ici en cause, soit la Coalition et la Liferforce Foundation, ont qualité étant donné qu'ils possèdent un véritable droit et que la procédure qui a été intentée est le moyen le plus raisonnable et le plus efficace de saisir la Cour du litige—(2) Quant à l'injonction, il a été prouvé que le permis avait été délivré dans un but scientifique; il n'y aurait aucun préjudice irréparable si l'injonction n'était pas accordée; de plus la balance des inconvénients favorise le maintien du statu quo—En outre, la Cour n'est pas compétente pour autoriser un redressement de la nature d'une injonction contre l'aquarium et ses administrateurs—(3) Quant au *certiorari*, les demandereses ont omis d'établir que le ministre n'avait pas compétence pour délivrer le permis et qu'il avait excédé le pouvoir conféré par l'art. 4 de la Loi sur les pêcheries—Requêtes rejetées.

INTERNATIONAL WILDLIFE COALITION C. CANADA (MINISTRE DES PÊCHES ET OCÉANS) (T-2181-90, juge Collier, ordonnance en date du 10-8-90, 8 p.)

LIFERFORCE FOUNDATION C. CANADA (MINISTRE DES PÊCHES ET OCÉANS) (T-2201-90, juge Collier, ordonnance en date du 10-8-90, 8 p.)

Demande de *certiorari* visant à faire annuler le permis par lequel l'aquarium public de Vancouver était autorisé à capturer trois baleines blanches—Le Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement n'exige pas qu'une évaluation initiale distincte soit faite en matière d'environnement pour chaque demande de permis présentée en vertu de l'art. 4 de la Loi sur les pêcheries—La preuve n'appuie pas la prétention selon laquelle le ministre a omis de tenir compte des préoccupations du public au sujet du projet de capturer des baleines—Le ministre était au courant de certaines préoccupations par suite des activités de la requérante et de la correspondance que celle-ci avait échangée avec le

ENVIRONNEMENT—Fin

Ministère—Loi sur les pêcheries, L.R.C. (1985), chap. F-14, art. 4.

LIFEFORCE FOUNDATION C. CANADA (MINISTRE DES PÊCHES ET OCÉANS) (T-2201-90, juge Collier, jugement en date du 10-8-90, 3 p.)

EXPROPRIATION

Demande en vue d'obtenir une décision au sujet de l'état du titre relatif à des biens-fonds devant être expropriés en vue de l'établissement d'une station météorologique—Les biens-fonds sont situés près du chemin Red Point, à Bonavista (T.-N.)—Le contrat de vente en date du 9 novembre 1940 de William Mulloy à Donald Fitzgerald a été produit, mais aucun instrument n'a été enregistré à l'égard du titre—L'intimé et sa femme ont occupé les biens-fonds pendant plus de 40 ans depuis la date de l'acte de vente jusqu'à celle de l'expropriation—Possession continue, notoire et exclusive—Dans son testament, Fitzgerald laissait le reste de ses biens à sa femme—La veuve, en sa qualité d'ayant cause de la succession de Fitzgerald, était la seule à posséder un droit sur le bien-fonds—On n'a exproprié que 1 430 mètres carrés sur 1 950, mais la valeur de la partie expropriée équivaut à celle de toute la parcelle—La somme de 2 300 \$ plus l'intérêt simple est accordée.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. FITZGERALD (T-1133-85, juge Rouleau, décision en date du 30-8-90, 4 p.)

FONCTION PUBLIQUE**APPELS**

Demande visant à faire annuler une décision dans laquelle le comité d'appel de la Commission de la fonction publique avait rejeté l'appel interjeté par le requérant en vertu de l'art. 21 de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique—Après que le jury de sélection eut éliminé une question de l'examen écrit, trois candidats ont réussi au lieu du requérant seulement—Le comité d'appel a commis une erreur en fondant sa décision de ne pas intervenir sur la conclusion selon laquelle le jury de sélection n'avait pas fait preuve de mauvaise foi—Le comité aurait dû se demander si la question rejetée était pertinente pour juger du mérite—Le comité ne pouvait pas être convaincu que le rejet de la question ne pouvait avoir aucune répercussion sur l'évaluation du mérite relatif des candidats à l'examen—Demande accueillie—Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), chap. P-33, art. 21—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28.

MACKINTOSH C. CANADA (COMITÉ D'APPEL DE LA COMMISSION DE LA FONCTION PUBLIQUE) (A-459-89, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 19-9-90, 3 p.)

FONCTION PUBLIQUE—Suite**COMPÉTENCE**

Définition de l'expression «fonctionnaire»—Demande présentée en vertu de l'art. 28 à la suite d'une décision dans laquelle la CRTFP avait refusé d'assumer sa compétence à l'égard des employés civils du réseau radiophonique des forces canadiennes en Allemagne—L'art. 2*b*) définit l'expression «fonctionnaire» comme suit: «Personne employée dans la fonction publique mais à l'exclusion des personnes recrutées sur place à l'étranger»—La Commission n'a tiré aucune conclusion au sujet de l'endroit où les fonctionnaires avaient été «recrutés»—Il se peut que les fonctionnaires aient été recrutés au Canada—La Commission a manifestement commis une erreur de droit—Demande accueillie—L'exclusion mentionnée à l'art. 2*b*) s'applique uniquement aux fonctionnaires recrutés à l'étranger pour effectuer du travail à l'étranger—Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. (1985), chap. P-35, art. 2*b*).

ALLIANCE DES ARTISTES CANADIENS DU CINÉMA, DE LA TÉLÉVISION ET DE LA RADIO C. CANADA (COMMISSION DES RELATIONS DE TRAVAIL DANS LA FONCTION PUBLIQUE) (A-61-90, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 1-10-90, 3 p.)

FIN D'EMPLOI

Appel d'un jugement de première instance ([1989] 3 C.F. 371) dans lequel il avait été conclu qu'il y avait eu suppression d'une fonction au sens de l'art. 29(1) de la Loi sur l'emploi dans la Fonction publique, bien que le travail de la demanderesse eût continué à être effectué par d'autres—Appel rejeté, la Cour étant d'accord avec les motifs de la Section de première instance—Loi sur l'emploi dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, chap. P-32, art. 29(1).

MUDARTH C. CANADA (MINISTRE DES TRAVAUX PUBLICS) (A-1189-88, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 11-9-90, 1 p.)

PRATIQUE

Procédure de règlement des griefs—Demande visant à faire annuler une décision dans laquelle la Commission des relations de travail dans la fonction publique avait conclu que la préparation, l'impression et la diffusion de formules de règlement des griefs qu'elle n'avait pas approuvées constituait une omission de se conformer aux règlements prévus par l'art. 23(1)*d*) de la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique—Demande rejetée—Les art. 73 et 75 des Règlement et règles de procédure de la CRTFP permettent de déduire que seules les formules approuvées par la Commission devaient être utilisées dans la procédure de règlement de griefs—Règlement et règles de procédure de la CRTFP, C.R.C., chap. 1353, art. 73, 75—Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. (1985), chap. P-35, art. 23(1)*d*)—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28.

CRAIG C. LOVE (A-165-90, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 18-9-90, 3 p.)

FONCTION PUBLIQUE—Fin

RELATIONS DU TRAVAIL

Des fonctionnaires qui avaient déclenché une grève ont été assujettis à des sanctions pécuniaires entraînant jusqu'à 19 jours de perte de rémunération—La Couronne, en appliquant les sanctions, a saisi les salaires—Les demandeurs cherchent à obtenir un jugement déclaratoire selon lequel la Couronne n'est pas autorisée à recouvrer, au moyen de la compensation, les sommes dues par suite des sanctions imposées en tant que mesures disciplinaires—La procédure a été intentée par la voie d'un exposé de cause—En vertu de l'art. 92 de la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, tout grief ou redressement dont dispose le fonctionnaire lorsqu'une telle sanction est imposée fait l'objet d'un arbitrage—Les parties ont convenu que la Cour est compétente pour instruire l'affaire, mais il ne convient pas que cette dernière élimine la procédure d'arbitrage établie par le législateur—Il ne s'agit pas d'une question de compétence, mais d'exercice légitime d'un pouvoir discrétionnaire—La procédure d'arbitrage visant au règlement des litiges entre l'employeur et les employés est obligatoire en vertu de la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique—L'art. 101 contient une clause privative selon laquelle les décisions sont définitives et concluantes—La Cour ne peut exercer son pouvoir de surveillance qu'au moyen d'un examen judiciaire lui permettant de s'assurer que les règles normatives qui s'appliquent aux tribunaux administratifs ont été respectées—La Cour suprême du Canada a souscrit au principe selon lequel les tribunaux ne doivent pas statuer sur une question lorsque le législateur a décidé de faire trancher celle-ci par un autre tribunal—Il s'agit de savoir si l'autre recours est adéquat, et ce, qu'on demande à la Cour une déclaration ou un bref de prérogative—Exercice du pouvoir discrétionnaire judiciaire assujetti aux mêmes critères—Aucun argument n'a été invoqué au sujet du caractère inadéquat de l'arbitrage—L'exposé de cause ne règle pas toutes les questions qui se posent entre les parties en ce qui concerne la légitimité de la sanction imposée unilatéralement par le Conseil du Trésor et la sévérité de la sanction—La chose pourrait donner lieu à une multitude de procédures—Le redressement prévu par la loi l'emporte sur l'élément de consentement ou d'accord lorsqu'il s'est agi pour les parties de procéder comme elles l'ont fait—L'exposé de cause n'est pas examiné au fond—Les questions doivent être renvoyées à l'arbitrage en vertu de l'art. 92 de la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique—Loi sur la gestion des finances publiques, L.R.C. (1985), chap. F-11, art. 155—Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. (1985), chap. P-35, art. 91, 92, 101—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28.

ALLIANCE DE LA FONCTION PUBLIQUE DU CANADA C. CANADA (CONSEIL DU TRÉSOR) (T-346-90, juge Joyal, jugement en date du 24-8-90, 9 p.)

FORCES ARMÉES

Demande de *certiorari* fondée sur l'art. 18 pour annuler une décision du gouverneur en conseil confirmant la décision d'un officier commandant rendue en vertu de l'art. 119 de la Loi sur la Défense nationale déclarant que le requérant était libéré des Forces armées canadiennes à partir du 9 octobre 1985—Il est

FORCES ARMÉES—Fin

bien établi que la Reine n'assume aucune obligation contractuelle avec ses militaires et qu'ils n'ont aucun recours relativement à leur engagement dans les Forces armées devant les tribunaux civils—La Loi sur la Défense nationale régit le statut, les droits et les prérogatives des membres des Forces armées et prévoit une procédure de règlement des griefs auprès des autorités militaires supérieures—La Cour fédérale, en tant que tribunal civil, est donc dénuée de tout pouvoir de surveillance et de contrôle à cet égard—En outre, on n'a pas démontré de manquement aux règles de justice naturelle à quelque niveau de grief que ce soit—La requête est donc rejetée.

LEVESQUE C. CANADA (T-2390-90, juge Dubé, ordonnance en date du 14-9-90, 3 p.)

IMMIGRATION

Demande de *mandamus* obligeant le ministre à remettre le passeport—Le requérant, qui est citoyen de la République fédérale d'Allemagne, est entré au Canada à titre de visiteur avec un passeport allemand—Il a demandé une prorogation de son visa de visiteur—Au bureau d'immigration de Vancouver, l'agent d'immigration a conservé le passeport—Le requérant a quitté le bureau sans passeport, et a demandé à un ami qui lui servait d'interprète de recouvrer le passeport—Un rendez-vous devait avoir lieu trois jours plus tard—Un mandat d'arrestation avait été décerné par la République fédérale d'Allemagne, le requérant étant accusé d'avoir commis une fraude et un faux—Le consulat général de la République fédérale d'Allemagne à Vancouver avait informé Immigration Canada que le passeport du requérant avait été annulé ou confisqué—Lorsqu'il a demandé une prorogation de son visa, le requérant n'était pas au courant des accusations portées contre lui ou de l'annulation de son passeport—Au cours d'une rencontre ultérieure, on a informé le requérant des accusations, du fait que le passeport avait été remis au consulat allemand et du fait que la demande de prorogation était rejetée—Les agents d'immigration ne disposaient d'aucun élément de preuve montrant que le passeport avait été ou serait utilisé d'une manière illégitime—Le passeport n'avait pas été saisi—Inobservation de l'obligation imposée par l'équité: on aurait dû mettre le requérant au courant des renseignements obtenus par l'Immigration et de ce que le Ministère se proposait de faire—Le requérant a été privé de la possibilité de faire des observations à l'Immigration et à d'autres, dont le consulat allemand—Il est ordonné au ministre de remettre le passeport au requérant, bien que celui-ci soit en la possession du consulat allemand—Le ministre ne dispose pas uniquement de moyens juridiques pour obtenir le passeport; il peut l'obtenir par la voie politique—Demande accueillie.

GASSMANN C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-1559-90, juge Collier, ordonnance en date du 11-7-90, 15 p.)

Demande fondée sur l'art. 18 en vue de l'obtention d'un *certiorari* annulant la décision de l'agent des visas qui avait refusé d'accorder au requérant le statut de résident permanent ainsi qu'en vue de l'obtention d'un *mandamus* ordonnant l'examen et le traitement de la demande—Le requérant avait obtenu 68 des 70 points requis dans la catégorie Indépendant—Aucun point

IMMIGRATION—Suite

ne lui avait été attribué dans la catégorie Connaissance du français—Dans la demande, il avait indiqué qu'il parlait, lisait et écrivait le français avec difficulté—Il n'a pas subi d'épreuve—Question de savoir si une épreuve est nécessaire—Question de savoir s'il existait une possibilité que le requérant accumule des points additionnels de façon à obtenir le nombre requis de points pour être admissible—Demande accueillie—L'agent a omis de s'acquitter de l'obligation qui lui incombait d'évaluer le requérant et de vérifier ses aptitudes en ce qui concerne la langue seconde—La loi exige que l'agent applique les critères qui y sont énoncés et qu'il attribue des points en se fondant sur les aptitudes du requérant—Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, annexe I, colonne I, facteur 8.

QUINES C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-2180-90, juge Rouleau, ordonnance en date du 21-9-90, 4 p.)

EXPULSION

Requête en vue de l'obtention d'un *mandamus* obligeant le ministre à demander le renvoi du requérant des États-Unis—Le requérant, de nationalité guatémaltèque, est entré au Canada à partir des États-Unis où des mesures d'expulsion avaient été prises, lesquelles visaient à le renvoyer au Guatemala—Avant la tenue d'une autre audience devant la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut des réfugiés, et à la suite de l'opinion exprimée par l'avocate qui avait été mise au courant des contradictions existant entre la preuve fournie devant le tribunal d'immigration américain et celle qui avait été présentée devant la Commission canadienne, le requérant a retiré sa revendication—Les autorités ont laissé savoir à l'avocate qu'habituellement, il y avait un délai de deux semaines avant qu'une mesure d'expulsion ne soit exécutée, mais elles n'ont pris aucun engagement à cet effet—Le requérant a été renvoyé aux États-Unis plus tôt que prévu—Le ministre et ses représentants ne sont pas tenus d'expliquer les conséquences du retrait de la revendication du statut de réfugié—Requête rejetée.

JUAREZ V. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-1062-90, juge Collier, ordonnance en date du 12-7-90, 4 p.)

Appel d'une décision dans laquelle la Commission d'appel de l'immigration avait rejeté l'appel interjeté à la suite d'une mesure d'expulsion qui avait été prise par suite de la condamnation de l'appellant, qui avait tué sa femme—Question de savoir si la Commission a commis une erreur de droit en refusant d'exercer le pouvoir qu'elle possédait de suspendre l'exécution des mesures d'expulsion pour le motif que, compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire, l'appellant ne devait pas être renvoyé du Canada—La Commission a omis de tenir compte d'une seconde évaluation psychologique, et s'est en bonne partie appuyée sur la première—L'omission constitue une erreur de droit—La Commission a également tenu compte, au détriment de l'appellant, du fait que bien que celui-ci eût résidé au Canada pendant 30 ans, il n'avait jamais demandé la citoyenneté canadienne—Ici encore, la Commission a commis une erreur de droit en ne faisant aucun cas d'un élément de preuve pertinent

IMMIGRATION—Suite

étant donné qu'elle a omis de tenir compte du caractère raisonnable des explications données par l'appellant, à savoir qu'il croyait que la demande présentée par son père lorsqu'il était encore enfant s'appliquait à toute la famille—La Commission semble également avoir mal lu les rapports des experts—Appel accueilli.

MUEHLFELLNER C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-72-89, juge Desjardins, J.C.A., jugement en date du 7-9-90, 8 p.)

PRATIQUE

Droit à un avocat—Demande visant à faire annuler une décision portant sur la question de savoir si la revendication avait un minimum de fondement—L'agent du ministère avait manqué à l'engagement qu'il avait pris d'aviser l'avocat du requérant de la nouvelle date de l'audience, de sorte que ce dernier n'a pas comparu—Le requérant n'a pas renoncé au droit à un avocat lorsqu'il a répondu par la négative à la question de savoir s'il voulait se faire représenter par un avocat—Aucune explication fournie au sujet de la nature de l'enquête ou des conséquences y afférentes—Le requérant s'est vu dénier le droit de se faire représenter par un avocat conformément à l'art. 30(1) de la Loi sur l'immigration—Demande accueillie—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 30(1) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), chap. 28, art. 9)—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28.

MASHININI C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-523-89, juge en chef Iacobucci, jugement en date du 13-9-90, 2 p.)

Demande visant à mettre fin aux procédures d'appel—L'appellant qui avait prétendu être un ressortissant somalien a revendiqué le statut de réfugié dès son arrivée au Canada le 19 juillet 1989—Sa revendication rejetée, l'appellant a obtenu, le 7 juin 1990, l'autorisation d'interjeter appel—Le même jour, il signait une déclaration solennelle admettant être citoyen du Djibouti, ne pas être citoyen somalien et n'avoir pas dit la vérité lors de son arrivée au Canada—L'intimé a réussi à démontrer au-delà de tout doute que le recours en appel de l'appellant est manifestement mal fondé et donc entaché de mauvaise foi—Il est mis fin à l'appel.

ABAR C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-523-90, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 10-9-90, 3 p.)

STATUT DE RÉFUGIÉ

Demande fondée sur l'art. 28 en vue de l'examen de la décision défavorable qui avait été rendue à l'audience visant à déterminer si la revendication avait un minimum de fondement—Le tribunal n'a pas tiré de conclusion défavorable au sujet de la crédibilité; il a plutôt conclu que la crainte d'être persécuté qu'avait le requérant n'était pas objectivement fondée—Application du mauvais critère—Rôle du tribunal en vertu de l'art. 46.01(6) de la Loi limité à la détermination de l'existence d'une preuve crédible ou digne de foi permettant à la

IMMIGRATION—Fin

section du statut de réfugié de conclure que le requérant est un réfugié au sens de la Convention—Demande accueillie—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 46.01(6) (ajouté par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), chap. 28, art. 14).

LEUNG C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-480-89, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 4-10-90, 4 p.)

Une demande fondée sur l'art. 28 a été présentée à la suite d'une décision dans laquelle un arbitre et un membre de la section du statut de réfugié avaient conclu que la revendication du statut de réfugié n'avait pas un minimum de fondement—Il avait été jugé que le requérant était un migrant économique plutôt qu'un véritable réfugié—La section du statut pourrait conclure compte tenu de la preuve, dont aucun élément n'a été jugé non crédible ou non digne de foi, que le requérant est un réfugié au sens de la Convention—En tranchant ainsi l'affaire, le comité a excédé le mandat conféré par l'art. 46.01(6) de la Loi sur l'immigration et a usurpé les fonctions de la section du statut à laquelle la revendication aurait dû être déferée—Demande accueillie, mesure d'expulsion annulée et question déferée à l'arbitre en vue de la reprise de l'enquête et de la prise d'une décision non incompatible avec les présents motifs—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), chap. I-2, art. 46.01(6) (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), chap. 28, art. 14).

VELASQUEZ C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-29-90, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 5-9-90, 3 p.)

Demande fondée sur l'art. 28 en vue de l'examen de la décision rendue par l'arbitre et le membre de la section du statut de réfugié selon laquelle la revendication n'avait pas un minimum de fondement—L'agent qui a présenté le cas avait omis de dire que, selon lui, la revendication avait un minimum de fondement—L'arbitre et le membre de la section du statut de réfugié ne sont pas tenus de décider que la revendication avait un minimum de fondement—Demande rejetée.

CHEUNG C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-100-90, juge Pratte, J.C.A., jugement en date du 1-10-90, 1 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU

Appel interjeté à la suite de l'établissement de nouvelles cotisations pour les années d'imposition prenant fin le 31 mars et le 31 décembre 1980—Question de savoir si le ministre aurait dû établir la cotisation en se fondant sur le fait qu'une réduction réputée, égale au crédit d'impôt à l'investissement réclamé par la demanderesse, du coût en capital de certains biens amortissables, devait uniquement être considérée comme ayant lieu pendant l'année d'imposition à l'égard de laquelle le crédit d'impôt à l'investissement a été déduit du revenu (position du M.R.N.) ou en se fondant sur le fait qu'elle peut être considérée comme ayant eu lieu l'année où la déclaration de l'année d'imposition antérieure (pour laquelle le crédit d'impôt à l'investissement est demandé) a de fait été préparée et produite (position de la demanderesse)—La réduction du coût en capital doit être faite l'année où le crédit d'impôt à l'investissement est utilisé—Une

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

telle interprétation est permise compte tenu du libellé employé et est davantage compatible avec le calcul du revenu et des frais selon la comptabilité d'exercice normale—Appel rejeté.

PRINCE ALBERT PULP CO. C. CANADA (T-1986-86, juge Strayer, jugement en date du 7-9-90, 5 p.)

Appel par la succession du contribuable concernant la nouvelle cotisation de 1980 par laquelle le M.R.N. a décidé que les sommes de 2 247 500 \$ et de 200 000 \$ que le défunt avait payées à titre de dommages-intérêts à la suite de poursuites judiciaires ne faisaient pas partie du prix de base rajusté de certaines actions—Le défunt était responsable en vertu de la Securities Act de l'Alberta à la suite d'une opération d'initié, étant donné qu'il avait racheté 310 000 actions d'un ancien employé au prix de sept dollars l'action, après avoir convenu de vendre les actions au prix de 15,50 \$ chacune à l'occasion d'une offre publique d'achat, et ce, sans faire part de la chose à l'ancien employé—Le montant des dommages-intérêts ne fait pas partie du prix de base rajusté des actions—Ces montants ne peuvent pas à bon droit être considérés comme faisant partie du «prix pour le contribuable» des actions étant donné que la propriété des actions n'est pas en litige—Les demanderesses dans cette affaire-là ne demandaient que des dommages-intérêts; elle ne demandaient pas l'exécution intégrale du contrat—Appel rejeté.

BODRUG, SUCCESSION C. CANADA (T-607-87, juge McNair, jugement en date du 6-9-90, 12 p.)

Demande fondée sur l'art. 28 visant à faire annuler un jugement dans lequel la Cour de l'impôt avait refusé, sur présentation d'une demande interlocutoire, d'annuler sommairement, en se fondant sur la Charte, les cotisations faisant l'objet de l'appel—Étant donné que la demande n'est pas de la nature d'une décision préliminaire empêchant de soulever les mêmes questions au moment de l'audition de l'appel, il s'agit clairement d'un jugement interlocutoire à l'égard duquel la Cour n'est pas compétente en vertu de l'art. 28—Demande rejetée.

RAHEY C. M.R.N. (A-558-89, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 6-9-90, 2 p.)

À la suite de la présentation d'une demande visant à l'obtention d'une ordonnance autorisant la prise de mesures de recouvrement conformément à l'art. 225.2 de la Loi de l'impôt sur le revenu, la seule question à examiner était celle de savoir, si compte tenu de la documentation mise à la disposition de la Cour, le ministre avait des motifs raisonnables de croire que le contribuable gaspillerait, réaliserait ou transférerait des biens de façon à être moins en mesure de payer le montant de la cotisation, ce qui aurait pour effet de compromettre le recouvrement du montant—Puisque le juge de première instance avait répondu à cette question par l'affirmative, il était tenu d'accueillir la demande—Étant donné que le juge de première instance a omis d'examiner la question à trancher, l'ordonnance est annulée—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 225.2 (édicte par S.C. 1985, chap. 45, art. 116; mod. par S.C. 1988, chap. 55, art. 116).

CANADA C. GOLBECK (A-613-90, A-614-90, juge Marceau, jugement en date du 20-9-90, 2 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

CALCUL DU REVENU

Transfert de pertes en capital—Interprétation de l'art. 39(1)c)(v) de la Loi et du rapport qui existe entre cet article et l'art. 85(4)—Examen de l'historique législatif—Transferts de pertes en capital entre les membres d'un groupe contrôlé de corporations—Contrôle de la corporation demanderesse acquis par une personne qui contrôlait également indirectement Sunburst Industries Ltd. et Quasar Helicopters Ltd.—Quasar détenait des actions de Sunburst dont le prix de base rajusté s'élevait à 7 385 255 \$—Quasar a vendu les actions de Sunburst à la demanderesse moyennant le paiement de la somme de 950 \$; celle-ci a vendu les actions à une personne avec laquelle elle n'avait aucun lien de dépendance moyennant le paiement de la somme de 950 \$—Les parties reconnaissent que le prix de base rajusté des actions de la demanderesse s'élevait à 7 385 255 \$ et que celle-ci avait le droit de réclamer une perte de 7 385 255 \$—Question de savoir si la perte constitue une perte au titre d'un placement d'entreprise ou une perte en capital ordinaire—L'art. 85(4) de la Loi ne s'applique pas à l'opération—La restriction établie à l'art. 39(1)c)(v) de la Loi n'a rien à voir avec l'interdiction de transférer des pertes au titre d'un placement d'entreprise entre les membres d'un groupe contrôlé—Ces pertes visent les petites et moyennes entreprises canadiennes—Le transfert de pertes au titre d'un placement d'entreprise entre les membres d'un groupe contrôlé est conforme à un tel but—Action accueillie, la perte constituant une perte au titre d'un placement d'entreprise—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 38 (mod. par S.C. 1977-78, chap. 42, art. 2), 39(1)c)(v) (mod. par S.C. 1977-78, chap. 42, art. 3; 1979, chap. 5 11(1); 1980-81-82-83, chap. 48, art. 16(2)), 40(2)e), 53(1)f.1) (mod. par S.C. 1977-78, chap. 1, art. 21(3)), 85(4) (mod. par S.C. 1974-75-76, chap. 26, art. 48(5)), 248(1).

REESON INVESTMENTS LTD. C. CANADA (T-724-89, juge Reed, jugement en date du 15-6-90, 14 p.)

Déductions

Appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt confirmant la cotisation par laquelle le ministre avait refusé la déduction du loyer payé à l'égard d'une résidence personnelle en 1983—En 1982, le demandeur, qui habitait la Colombie-Britannique, a temporairement été affecté à Calgary—Le demandeur a été informé que son affectation à Calgary serait permanente en décembre 1982—Le paiement de l'indemnité de subsistance à l'extérieur de la ville a été interrompu—Le demandeur a démissionné une fois qu'il a eu droit à une pension—Le demandeur avait deux résidences: une maison en Colombie-Britannique et un appartement à Calgary—Action rejetée—Le demandeur ne satisfait pas aux exigences de l'art. 8(1)h) de la Loi et le loyer ne peut pas être déduit à titre de frais d'entreprise—Les sommes payées pour le loyer constituent de frais personnels de subsistance à l'égard desquels aucune déduction n'est permise en vertu de la Loi—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 8(1)h).

DOUGLAS C. M.R.N. (T-6-87, juge Cullen, jugement en date du 2-10-90, 6 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

Revenu ou gain en capital

Appel d'un jugement dans lequel la Cour de l'impôt a confirmé la nouvelle cotisation établie par le ministre selon laquelle le produit de la vente d'hôtels était un revenu d'entreprise plutôt qu'un gain en capital—De 1972 à 1980, la société contrôlée par M. Alessio, actionnaire principal et dirigeant de la demanderesse, a acheté huit hôtels—De 1974 à 1983, il y a eu sept ventes—Le King Edward a été acheté en 1974 pour la somme de 467 150 \$ et vendu en 1978 pour la somme de 1 050 000 \$—Alessio a vendu sa maison en vue de financer l'achat—Après un an, il a acheté les intérêts de son associé—Alessio, sa femme et ses deux fils ont travaillé à l'hôtel pendant quatre ans—Motif de la vente: il était fatigué et voulait se retirer des affaires—Il s'est installé à Victoria en raison de l'état de santé de sa femme—Il a acheté un autre hôtel car il avait ce métier dans le sang—Le Westwind a été acheté en 1979 pour la somme de 2 150 000 \$ et a été vendu en 1980 pour la somme de 2 450 000 \$—Question de savoir si les hôtels ont été acquis pour être exploités en tant qu'entreprise familiale ou en vue de la réalisation d'un gain au moment de la revente—Il a été jugé qu'Alessio n'était pas digne de foi—Le nombre d'opérations montre qu'Alessio voulait acheter un hôtel, le rénover, augmenter le chiffre d'affaires et le vendre à profit le plus rapidement possible—La chose est appuyée par la vente d'un hôtel qui lui a permis de réaliser 75 000 \$ avant même que l'hôtel soit mis en exploitation et par son témoignage, selon lequel les personnes qui exploitent des hôtels où il y a une taverne cherchent toujours de nouveaux hôtels—Intention d'acheter à titre de placement—Appel rejeté.

KING EDWARD HOTEL (CALGARY) LTD. C. M.R.N. (T-436-85, juge Teitelbaum, jugement en date du 24-7-90, 19 p.)

Appels interjetés à la suite de jugements dans lesquels la Cour de l'impôt avait rejeté les appels portés par les demanderesse à l'égard des cotisations et des nouvelles cotisations pour les années d'imposition 1980, 1981, 1982—Un analyste financier achetait et vendait des titres pour la demanderesse—La majorité des actions étaient détenues pendant moins de six mois—La plupart étaient des actions de sociétés exploitantes de ressources qui ne payaient presque pas de dividendes ou n'en payaient aucun—L'analyste financier avait manifesté son intention d'acquérir des titres de sociétés qui payaient des dividendes, lesquels avaient une valeur intrinsèque—Selon les témoignages, les actions étaient achetées à la suite de rumeurs de prise de contrôle et dans l'attente de la réalisation de bénéfices—L'intention de la personne qui décide d'acheter et de vendre est celle de la demanderesse—Il a été jugé que l'achat et la vente de titres par la demanderesse constituaient des activités de nature commerciale—Le genre de titres achetés et vendus montre que l'achat n'a pas été effectué à titre de placement, mais pour effectuer le commerce d'actions, comme le fait le spéculateur habituel lorsqu'il achète des actions par suite de rumeurs de prise de contrôle—Une déclaration d'intention ne permet pas de conclure à l'existence de l'intention déclarée—La preuve montre que la demanderesse cherchait uniquement à réaliser des bénéfices à bref délai—Si les actions étaient achetées par suite de rumeurs de prise de contrôle, le motif était la réalisation de bénéfices ou l'augmentation rapide de la valeur des actions—Les actions n'ont pas été vendues pour leur valeur

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

intrinsèque, mais parce que la société était satisfaite des bénéfices réalisés.

FOREST LANE HOLDINGS LTD. C. M.R.N. (T-752-87, juge Teitelbaum, jugement en date du 16-8-90, 26 p.)

Question de savoir si la somme de 300 000 \$ versée par Outboard Marine Corporation of Canada Ltd. à la suite de la résiliation d'une convention de distribution conclue avec la demanderesse constitue un revenu ou un gain en capital—La demanderesse n'a pas perdu son réseau de détaillants du fait de la résiliation de la convention, mais elle a simplement cessé de fournir au réseau une ligne de produits ou plusieurs lignes de produits à l'égard desquelles elle représentait le fabricant—Le montant payé constitue un dédommagement pour la perte de revenu—On ne peut pas dire que la résiliation de la convention de distribution a fortement endommagé ou détruit toute la structure de l'entreprise à but lucratif de la demanderesse ou qu'elle a eu pour effet d'absorber une immobilisation—Appel rejeté.

CHARLES R. BELL LTD. C. CANADA (T-451-88, juge Martin, jugement en date du 28-8-90, 10 p.)

NON-RÉSIDENTS

Année d'imposition 1984—Action intentée en vertu de l'art. 15 de la Convention entre le Canada et le Royaume-Uni en matière d'impôt sur le revenu en vue de l'annulation de la cotisation par laquelle étaient imposés les bénéfices découlant de l'exercice d'options de souscription à des actions; le demandeur voulait également que les gains réalisés à titre d'administrateur soient imposés proportionnellement au nombre de jours où il avait travaillé au Canada—La convention concernant l'option de souscription à des actions d'Alcan Aluminium Ltd. a été conclue au Canada en 1981; l'option a été exercée en Angleterre en 1984 à un moment où le contribuable ne résidait plus au Canada—Les bénéfices s'élèvent à 125 212,50 \$, moins une retenue de 35 547,83 \$ effectuée par l'employeur au titre de l'impôt sur le revenu fédéral—En 1984, le contribuable a passé 57 jours au Canada—Dans l'exercice de ses fonctions d'administrateur, le contribuable a reçu 25 000 \$ moins une retenue d'impôt de 3 750 \$—Le M.R.N. a inclus 50 % du salaire dans le revenu de 1984, ce qui ne représentait pas 57/366 de 25 000 \$—(1) Options de souscription à des actions: question de savoir si la somme de 125 212,50 \$ découlant de l'exercice d'options constituait un salaire, traitement ou autre rémunération au sens de l'art. 15(1) de la Convention ou un avantage au sens de l'art. 7(1*b*) de la Loi de l'impôt sur le revenu—Les bénéfices découlant de l'exercice d'options de souscription à des actions constituent un avantage lié à l'emploi: *Hurd c. R.*, [1982] 1 C.F. 554 (C.A.)—Par «salaires, traitements et autres rémunérations», on entend inévitablement la somme d'argent reçue en échange de la prestation de services—En outre, en vertu de l'art. 7(4) de la Loi, le contribuable est réputé être encore un employé d'Alcan pour l'application de l'art. 7(1*b*)—La retenue de 35 547,83 \$ est donc valide—(2) Gains réalisés à titre d'administrateur—En vertu de l'art. 115(2*d*) de la Loi, le contribuable est réputé avoir exercé au Canada ses fonctions d'administrateur—Présomption non réfutée—La retenue de 3 750 \$ est également valide—Action rejetée en ce qui concerne

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

les deux questions—Convention entre le Canada et le Royaume-Uni en matière d'impôt sur le revenu, S.C. 1980-81-82-83, chap. 44, ann. X, art. 15(1)—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 2, 7(1*b*) (mod. par S.C. 1977-78, chap. 1, art. 3(1)), (4), 115(2) (mod. par S.C. 1973-74, chap. 14, art. 37(2),(3); 1974-75-76, chap. 26, art. 74(6); 1977-78, chap. 1, art. 56(2)), 248.

HALE C. CANADA (T-2770-86, juge Rouleau, jugement en date du 23-7-90, 21 p.)

PRATIQUE

Demandes de renseignements—Requête en vue de l'obtention d'une ordonnance annulant les demandes de renseignements que le M.R.N. avait faites et interdisant à ce dernier de voir à ce qu'il y soit donné suite—La GRC avait saisi de l'argent pour le motif que des infractions à la Loi sur les stupéfiants avaient peut-être été commises—Aucune accusation portée, mais tenue d'une enquête sur les infractions au Code criminel et à la Loi sur les stupéfiants—Cinq demandes distinctes de renseignements signifiées au sujet de l'application de la Loi de l'impôt sur le revenu et de la saisie—Quatre demandes devant être satisfaites dans un délai de 60 jours ne sont pas contestées—La cinquième demande, à laquelle il fallait répondre dans les dix jours, est contestée—Des poursuites peuvent être intentées par suite de l'omission de se conformer à la demande sans qu'un autre avis soit signifié; une amende, ou une amende et une peine de prison peuvent être infligées—Aucune preuve de dommage irréparable subi par la Couronne si le délai fixé en vue de la réponse est prorogé—Octroi d'un délai de 60 jours, à compter de la date de la réception de l'avis—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 238(1) (mod. par S.C. 1988, chap. 55, art. 181; 1990, chap. 35, art. 25).

LICHT C. M.R.N. (T-2483-90, juge Cullen, ordonnance en date du 17-9-90, 3 p.)

LIBÉRATION CONDITIONNELLE

Gestion des peines—Déclaration demandée selon laquelle une peine de 12 mois et deux peines antérieures consécutives de six ans et de six mois respectivement sont cumulatives—La peine de six ans a été prononcée le 10 février 1984 («première peine»)—Le détenu s'est vu accorder une libération conditionnelle de jour le 2 juillet 1986 et une libération conditionnelle complète le 3 janvier 1987—La libération conditionnelle a été suspendue le 7 septembre 1988 et le demandeur a été incarcéré le 27 septembre 1988—Peine totale consécutive de six mois imposée le 1^{er} décembre 1988 («deuxième peine»)—Peine totale de douze mois infligée le 21 février 1989 («troisième peine»)—La troisième peine et les peines antérieures qui étaient purgées n'ont pas expressément été déclarées cumulatives, mais selon les principes généraux de droit pénal, une peine est cumulative à moins que le juge n'ordonne expressément qu'elle soit consécutive—Il reste donc à répondre à la question suivante: cumulative par rapport à quoi?—Selon l'art. 20(1.1) de la Loi sur la libération conditionnelle, la première peine est interrompue jusqu'à l'expiration de la deuxième peine—Selon l'art.

LIBÉRATION CONDITIONNELLE—Suite

20(1.2)a), les deuxième et troisième peines sont jointes—Selon l'art. 20(1.3), la deuxième et la troisième peines sont réputées cumulatives—Selon l'art. 20(1.4) et (1.6), le détenu doit purger le reste de la première peine ainsi que les deuxième et troisième peines qui ont été jointes—Action rejetée—À la suite de la révocation de la libération conditionnelle, le reste de la première peine doit être purgé une fois terminées les deuxième et troisième peines—Loi sur la libération conditionnelle, L.R.C. (1985), chap. P-2, art. 20(1),(1.1),(1.2),(1.3),(1.4),(1.5),(1.6) (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), chap. 35, art. 9).

JONES C. CANADA (T-218-90, juge Strayer, jugement en date du 21-9-90, 8 p.)

Demande fondée sur l'art. 18 visant à l'obtention d'un *certiorari* annulant une décision dans laquelle la Commission nationale des libérations conditionnelles a révoqué la libération sous surveillance obligatoire et la réduction méritée de peine du requérant—La libération conditionnelle a été révoquée pour le motif que le requérant avait omis de se conformer à la condition selon laquelle il devait s'abstenir de faire usage d'alcool et parce qu'on le soupçonnait de participer de nouveau à des activités criminelles; en effet, pendant qu'il était en liberté conditionnelle, le requérant a été arrêté et accusé de recel, d'introduction par effraction, de séquestration et de voies de fait causant des lésions corporelles—Dans l'avis de révocation donné avant l'audience, il est mentionné que le détenu était soupçonné d'avoir participé à des activités criminelles, mais le motif exprimé est le «manquement à la condition» concernant l'usage d'alcool—Le requérant s'attendait à ce que les accusations soient retirées; il a demandé l'ajournement de l'audience d'examen en attendant que les accusations en instance soient tranchées—Demande d'ajournement rejetée—La Commission a révoqué la libération conditionnelle en se fondant principalement sur les accusations—Les accusations ont par la suite été retirées—Le requérant a demandé à la Commission de réexaminer sa décision—La révocation a été confirmée pour le motif que le requérant avait abusé de l'alcool et que, bien que les accusations eussent été retirées, la manière dont ses compagnons et lui s'étaient conduits le soir en question devait être considérée avec inquiétude—Le requérant n'a pas été suffisamment informé de l'objet des inquiétudes de la Commission avant l'audience et la Commission a enfreint les principes de justice naturelle garantis par l'art. 7 de la Charte en imposant une peine sévère sur la base d'accusations qui ont été retirées par la suite—*Certiorari* accordé.

CARDINAL C. CANADA (COMMISSION NATIONALE DES LIBÉRATIONS CONDITIONNELLES) (T-2146-90, juge Rouleau, ordonnance en date du 19-9-90, 7 p.)

Demande de *certiorari* visant à faire annuler une décision dans laquelle la Commission des libérations conditionnelles a révoqué la libération conditionnelle de jour du demandeur sans lui réattribuer la réduction de peine—La libération conditionnelle de jour a été révoquée après que le demandeur eut été arrêté et accusé de vol à main armée pendant qu'il faisait l'objet d'une libération conditionnelle de jour—Aucune erreur de droit en ce qui concerne la manière dont un membre de la Commission envisageait le régime pénal—Aucun fondement à l'appui de l'allégation de crainte raisonnable de partialité étant donné que l'avocat n'a pas insisté sur l'allégation de partialité, fondée

LIBÉRATION CONDITIONNELLE—Fin

sur une remarque partielle d'un membre de la Commission, et qu'il a laissé savoir qu'il était prêt à poursuivre l'affaire—Aucun fondement à l'appui de l'allégation selon laquelle on n'a pas donné au demandeur suffisamment de temps pour présenter son cas à la Commission—La Commission a le pouvoir discrétionnaire de faire cesser ou de révoquer la libération conditionnelle de jour et d'enlever en totalité ou en partie les jours de réduction de peine ou encore de n'en enlever aucun—La cessation est interprétée comme s'appliquant lorsqu'il est mis fin à une libération conditionnelle de jour sans que la personne en cause soit fautive—La cessation n'entraîne aucune perte des jours de réduction de peine—Étant donné que la Commission examinait ce qui est un privilège accordé au détenu, elle avait compétence pour tenir compte des accusations et des rapports de police dans lesquels on recommandait que des accusations soient portées, et ce, bien qu'aucune accusation n'eût encore été portée au moment de l'audience—Demande rejetée.

FAULKNER C. CANADA (COMMISSION NATIONALE DES LIBÉRATIONS CONDITIONNELLES) (T-2153-90, juge Culen, ordonnance en date du 26-9-90, 8 p.)

MARQUES DE COMMERCE

PRATIQUE

Appel de la décision qu'avait prise le protonotaire de ne pas radier les affidavits déposés par l'appelante à l'appui de l'appel interjeté contre la décision du registraire de ne pas radier la marque de commerce déposée en vertu de l'art. 45 de la Loi—L'appelante a présenté une requête en vue d'obtenir l'autorisation de contre-interroger les auteurs desdits affidavits—Appel rejeté et requête accueillie—Le dépôt d'affidavits par une partie ou l'autre à la suite d'un appel contre la décision rendue par le registraire en vertu de l'art. 45 est prévu par la Loi et par les Règles—La Cour a le pouvoir discrétionnaire d'accorder la permission de contre-interroger tous les auteurs d'affidavits déposés à l'audience en vertu de l'art. 45 ou en vue d'en appeler de la décision prise par le registraire en vertu de cet article—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), chap. T-13, art. 45(1), 54(1), 56(1), (5), 59(1)—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 704(1),(3),(6),(7) (mod. par DORS/79-57, art. 16).

MEREDITH & FINLAYSON C. CANADA (REGISTRAIRE DES MARQUES DE COMMERCE) (T-1108-90, juge Dubé, ordonnance en date du 4-10-90, 8 p.)

PÉNITENCIERS

Détenu incarcéré au pénitencier de Dorchester qui demande, en vertu de l'art. 18 de la Loi sur la Cour fédérale, un *mandamus* visant à obliger les intimés à fournir des vêtements et des chaussures de sport convenables aux détenus relevant du Service correctionnel du Canada ou à permettre au requérant d'utiliser à cette fin l'argent détenu en fiducie par l'établissement—Demande en vue d'obtenir des chaussures de course spéciales (orthopédiques) pour les poids et haltères—L'établissement a satisfait à l'obligation qui lui incombait de fournir des vêtements et des chaussures de sport—Les chaussures spéciales

PÉNITENCIERS—Fin

peuvent être obtenues de l'établissement, bien que la chose prenne du temps—La Cour a proposé que le choix de vêtements et de matériel de sport soit étendu de façon à répondre aux intérêts individuels des détenus dans leurs loisirs—En ce qui concerne l'argent détenu en fiducie, il n'est pas opportun d'accorder un *mandamus* étant donné que le requérant avait été autorisé à effectuer des virements dépassant la limite de cent dollars par période de quatre mois fixée par des instructions régionales—Les instructions régionales sont tout simplement des lignes directrices—Les demandes que le requérant a présentées en vue d'obtenir de l'argent doivent être considérées au fond; la limite fixée par les instructions régionales n'est pas nécessairement la limite établie par la loi—Demande rejetée.

ALLAN C. CANADA (COMMISSAIRE AUX SERVICES CORRECTIONNELS) (T-842-89, juge MacKay, ordonnance en date du 25-9-90, 12 p.)

Transferts—Le demandeur, détenu incarcéré à l'établissement fédéral de Donnacona, conteste les transferts dont il a fait l'objet depuis le 25 novembre 1987—Le demandeur allègue un manquement à l'obligation d'agir équitablement—La requête est rejetée—Toutes les étapes prévues par la Loi sur les pénitenciers ont été suivies—L'imposition de sanctions civiles ou administratives ne permettait pas d'invoquer la protection de l'art. 11*h* de la Charte canadienne des droits et libertés contre la double punition.

LAROCHELLE C. CANADA (T-2796-89, juge Rouleau, ordonnance en date du 24-9-90, 5 p.)

PRATIQUE

COMMUNICATION DE DOCUMENTS ET INTERROGATOIRE PRÉALABLE

Interrogatoire préalable

Demande fondée sur la Règle 465(18) en vue de l'obtention d'une ordonnance obligeant les demanderessees à répondre à certaines questions auxquelles elles avaient refusé de répondre à l'interrogatoire préalable et à respecter leurs engagements—Action en contrefaçon de brevet concernant la bande élastique de la couche jetable «Huggies» des défenderesses—La défenderesse nie qu'il y ait eu contrefaçon, et allègue que le brevet des demanderessees est invalide, qu'il y a eu complot entre les demanderessees et la défenderesse par voie de demande reconventionnelle et que les demanderessees ont commis des actes de concurrence déloyale—Il est ordonné de répondre à certaines questions—Les questions doivent se rapporter à des points qui tendent à prouver ou à réfuter les allégations de fait non reconnues dans les plaidoiries: Règle 465(15) et *Armstrong Cork Ltd. c. Domco Industries Ltd.*, [1981] 2 C.F. 510 (C.A.)—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 465(15), (18).

PROCTER & GAMBLE CO. C. KIMBERLY-CLARK OF CANADA LTD. (T-1493-86, juge Martin, ordonnance en date du 24-9-90, 9 p.)

PRATIQUE—Suite

FRAIS ET DÉPENS

Taxation des frais de l'intimée conformément à une ordonnance (T-1641-89, juge Rouleau, ordonnance en date du 24-1-90) rejetant l'appel d'une décision de la Commission des oppositions des marques de commerce rejetant l'opposition formée par l'appellante au sujet de l'enregistrement proposé de la marque de commerce «Dome» par l'intimée—Le mémoire de frais, qui s'élevait à 3 001,14 \$, a été admis; la somme de 2 220,94 \$ a été accordée—Préparation de la réponse à l'avis d'appel réclamée en vertu de l'art. 1(1)g du tarif B ne justifiant pas une augmentation discrétionnaire—La réclamation devrait être fondée sur l'art. 1(1)a étant donné que la question découle de l'avis d'appel et non d'un avis de requête introductif d'instance—La demande fondée sur l'art. 1(1)f du tarif B n'est pas agréée—L'ordonnance dans laquelle sont fixés la date et le lieu ne dit rien au sujet des dépens—En vertu de la nouvelle Règle 344(1), lorsque le jugement ne prévoit rien, les dépens ne sont adjugés à aucune des parties—La réclamation concernant le témoignage d'expert est raisonnable—La réclamation concernant les frais de traduction de l'avis d'appel et des affidavits est rejetée—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, tarif B, art. 1(1)a),f),g) (mod. par DORS/87-221, art. 8).

BÉNÉDICTINE DISTILLERIE DE LA LIQUEUR DE L'ANCIENNE ABBAYE DE FÉCAMP C. JOHN LABATT LTÉE (T-1641-89, officier taxateur Cousineau, taxation en date du 5-9-90, 5 p.)

Taxation du mémoire de frais de l'intimée sur la base procureur-client—La Couronne a consenti au mémoire de frais présenté—On avait passé 234,6 heures à examiner la documentation présentée à l'audience, les transcriptions, les dossiers d'appel et à préparer le mémoire de l'intimée fondé sur une multitude d'éléments de preuve nécessitant un examen minutieux—Le travail effectué par les opératrices d'unités à traitement de texte a été déduit étant donné que selon la jurisprudence, seuls les honoraires de l'avocat doivent être compris dans les frais à taxer, bien qu'on eût tenté d'établir une distinction par suite de l'utilisation de procédés comptables distincts—Le mémoire de frais présenté s'élève à 57 613,52 \$; la somme de 56 173,52 \$ est accordée.

ATLANTIC WAREHOUSES LTD. C. CANADA (A-576-85, officier taxateur Pilon, taxation en date du 1-8-90, 3 p.)

Frais entre parties—Les dépens en première instance et en appel sont adjugés aux appelantes (défenderesses); l'action en contrefaçon de brevet avait été accueillie, mais avait été infirmée en appel—Actions instruites en même temps, sur présentation d'une preuve commune—Le mémoire de frais présenté par les appelantes a été taxé et les montants suivants ont été accordés: 9 232,76 \$, 2 300 \$, 2 300 \$—Certains articles sont accordés de gré à gré—D'autres sont rejetés faute de preuve—Les dépens n'ont pas été accordés deux fois—L'officier taxateur est lié, compte tenu du pouvoir discrétionnaire prévu par la Règle 344, par les montants adjugés par la Cour d'appel—L'octroi des frais maximaux prévus à l'égard de la préparation de l'audience et de la comparution à l'audience est justifiable en vertu de la Règle 346(1.1)—La réclamation qui est faite en vertu de l'article 1(1)g du tarif B au sujet de la préparation de l'avis d'appel est rejetée étant donné que l'article g) se rapporte

PRATIQUE—Suite

à l'avis de requête introductif d'instance—L'officier taxateur exerce son pouvoir discrétionnaire lorsqu'il établit le montant des débours concernant les photocopies en vertu de l'art. 3 du tarif B—Les frais de production des dossiers d'appel sont accordés—Les parties ont consenti à la requête en vue d'obtenir l'autorisation de se préparer et la Cour a approuvé la proposition en ce qui concerne le contenu—Lorsque la Cour a adjugé les dépens aux appelantes, elle n'a énoncé aucune condition au sujet de la mesure inhabituelle qui consiste à préparer les dossiers d'appel mentionnés dans les jugements—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 344 (mod. par DORS/87-211, art. 2), 346(1.1) (édicte, idem, art. 3), tarif B (mod., idem, art. 8) art. 1(1)(g), 3.

ELI LILLY AND CO. C. O'HARA MANUFACTURING LTD.
(A-372-88, officier taxateur Smith, taxation en date du 29-6-90, 7 p.)

JUGEMENTS ET ORDONNANCES*Suspension d'exécution*

Le ministre demande la suspension pour le motif qu'il est impossible de se conformer à l'ordonnance et que si elle continuait à être en vigueur, il pourrait être accusé d'outrage au tribunal—Des efforts sont encore faits en vue de l'exécution de l'ordonnance—La possibilité qu'une accusation d'outrage au tribunal soit portée n'est qu'une pure conjecture—Le ministre n'a pas présenté une preuve prépondérante selon laquelle un préjudice très grave, irréparable était subi: *Diversified Products Corp. c. Tye-Sil Corp.*, [1988] 2 C.F. 223 (C.A.)—Requête rejetée.

GASSMAN C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (T-1559-90, juge Collier, jugement en date du 21-8-90, 3 p.)

OUTRAGE AU TRIBUNAL

Injonction interlocutoire ordonnant à Ashby de ne pas faire le commerce de vêtements sous la marque de commerce «Hugo Boss»—Étant donné qu'Ashby ne s'est pas conformé à l'ordonnance selon laquelle il devait donner à la Cour un avis dans les deux semaines suivantes de son intention de soumettre une preuve en réponse à la preuve présentée à l'audience et compte tenu de l'état du dossier, l'infraction commise constitue une violation de l'injonction interlocutoire et un outrage au tribunal—Amende de 5 000 \$.

HUGO BOSS A.G. C. SUDSY'S ENTERPRISES INC.
(T-997-88, juge Reed, ordonnance en date du 20-7-90, 1 p.)

PLAIDOIRIES*Requête en radiation*

Action en contrefaçon de marque de commerce—Allégations dans la défense et dans la demande reconventionnelle soulevant

PRATIQUE—Fin

des questions de malveillance délibérée et de pratiques commerciales déloyales, lesquelles ne sont pas suffisamment appuyées par des faits permettant de répondre ou de se défendre contre une demande reconventionnelle—Il n'y a pas radiation, mais il est ordonné de fournir des détails au sujet des faits essentiels—Dire que la demanderesse a exclusivement connaissance des faits ne constitue pas une réponse à une demande de détails—Les allégations doivent être appuyées par les faits essentiels.

ARIS ISOTONER INC. C. RANKA ENTERPRISES INC.
(T-30-90, juge Joyal, ordonnance en date du 12-9-90, 2 p.)

RÉFÉRENCES

Rapport de l'arbitre—Références en vue de la détermination des dommages subis par la demanderesse à la suite d'une demande visant à l'obtention d'un jugement par défaut—Action découlant du dommage subi par un chargement de cuir de vache fendu de polyuréthane imprimé noir expédié à bord de l'*Ever Vigor* de la Corée à Montréal—Le montant des dommages est évalué à 115 773,14 \$, soit le montant réclamé.

LAVEDER INC. C. KHEE RYOONG COMMERCE & TRANSPORT CO. (T-1686-88, arbitre Daoust, rapport en date du 8-8-90, 2 p.)

PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS

Demande de révision de décisions rendues par la Commission nationale des libérations conditionnelles et par le Service correctionnel du Canada au sujet de demandes de renseignements personnels figurant dans les «dossiers de cas de libération conditionnelle» et dans la «banque de données concernant les évaluations psychologiques»—Le Commissaire à la protection de la vie privée a conclu que la Commission avait bien appliqué les exemptions—L'examen des décisions initiales, et la modification de la politique par le Service correctionnel, a entraîné la communication de la plupart des renseignements antérieurement non divulgués—Exemption réclamée à l'égard de certains passages figurant dans cinq des 232 pages—La Commission a bien appliqué les exemptions—Trois pages qui portaient sur des renseignements fournis à titre confidentiel par une administration municipale sont exemptées en vertu de l'art. 19(1)d)—Elles sont également exemptées en vertu de l'art. 26, pour le motif que les renseignements portent sur des individus autres que celui qui a fait la demande; il en va de même pour les deux autres pages—Les renseignements demandés au Service ont été fournis en totalité—S'il existe quelque dossier au sujet du requérant dans les archives, la Commission doit répondre à la demande comme elle l'a fait à l'égard du dossier actuel—Bien que la demande du requérant ait en bonne partie été rejetée, les frais de la demande lui sont adjugés, à l'exception de ceux qui se rapportent à une demande antérieure qui a été rejetée, laquelle visait à la prorogation du délai d'appel de l'ordonnance—Au début, les organismes n'ont pas répondu dans le délai normal prévu par la Loi—La nouvelle pratique et la nouvelle politique qui ont été adoptées étaient destinées à mieux répondre aux demandes du requérant et à refléter davantage

**PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS
PERSONNELS—Suite**

l'esprit de la Loi sur la protection des renseignements personnels, compte tenu des efforts que celui-ci avait faits pour obtenir les renseignements demandés—Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. (1985), chap. P-21, art. 17, 19, 26, 28, 41.

**PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS
PERSONNELS—Fin**

SHEPHERD C. CANADA (SOLLICITEUR GÉNÉRAL)
(T-2128-88, juge MacKay, ordonnance en date du 6-9-90,
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.

ASSURANCE-CHÔMAGE

Demande fondée sur l'art. 28 en vue de l'examen du jugement rendu par la Cour de l'impôt, selon lequel les bûcherons en cause avaient passé un contrat de service, de sorte que la requérante devait payer les primes—Demande rejetée—Aucune erreur justifiant annulation—Le juge de la Cour de l'impôt a correctement appliqué les principes et critères établis par la jurisprudence—Le dossier appuie les conclusions.

GARNET MEDICRAFT C. CANADA (A-234-89, juge en chef Iacobucci, jugement en date du 23-5-90, 1 p.)

Demande fondée sur l'art. 28 en vue de l'examen d'une décision dans laquelle le juge-arbitre en chef avait confirmé la décision du conseil arbitral et avait jugé que la rémunération de congé et les jours de congé étaient interchangeables en vertu des art. 37(3) et 42(4) du Règlement—Il a été décidé que conformément à la convention collective, le montant de la rémunération qui peut être attribué par la Commission est le montant de la rémunération de congé accumulée à compter du premier jour du mois où le prestataire a été mis à pied—Le prestataire était un officier navigateur qui effectuait normalement une semaine de travail de sept jours—Il a été mis à pied par suite du manque de travail—Question en litige: manière dont doivent être considérés les jours de congé accumulés non utilisés—Question de savoir si les dispositions de la convention collective concernant la rémunération de congé sont pertinentes pour l'application des art. 37(3) et 42(4) du Règlement—Les notions de «rémunération de congé» et de «jour de congé» sont différentes—La disposition de la convention collective concernant la rémunération de congé, selon laquelle [TRADUCTION] «l'employé touche chaque mois la rémunération de congé accumulée» ne peut pas être invoquée pour l'application des art. 37(3) et 42(4) du Règlement, qui portent sur la période «de congé» et visent les jours de congé: *Canada (Procureur général) c. Kelly* (A-106-89, juge Desjardins, J.C.A., jugement en date du 29-6-90, C.A.F., encore inédit—Règlement sur l'assurance-chômage, C.R.C., chap. 1576, art. 37(3), 42(4).

CANADA (PROCTEUR GÉNÉRAL) C. QUESNELLE (A-456-89, juge Desjardins, J.C.A., jugement en date du 21-9-90, 4 p.)

Demande fondée sur l'art. 28 en vue de l'annulation de la décision qu'avait prise le juge-arbitre en chef de confirmer la décision du conseil arbitral, selon laquelle l'intimé était admissible à recevoir des prestations étant donné qu'il ne «travaillait» pas pour l'Église au sens de l'art. 37(1) du Règlement et qu'il

ASSURANCE-CHÔMAGE—Suite

avait été licencié—L'intimé, qui était membre du clergé, assurait des services à plein temps pour la congrégation, qui lui versait de l'argent pour plusieurs mois lorsqu'elle était en mesure de le faire—Il a reçu des prestations pendant la première période de non-paiement—Sa demande subséquente a été rejetée et la Commission a exigé le remboursement des prestations reçues—Seule l'inadmissibilité a été alléguée—La nature des tâches du prestataire ne changeait pas, et ce, qu'il soit rémunéré ou non—Il recevait cent dollars par mois à titre d'allocation d'automobile lorsqu'il était «licencié»—Il était désigné comme pasteur pendant les périodes où il n'était pas rémunéré—Question de savoir si l'intimé a été licencié—Demande accueillie—La Commission a jugé avec raison que la participation continue de l'intimé en vertu d'un contrat de service entraîne son inadmissibilité—Les exigences de l'art. 37(1) sont distinctes—L'intimé doit prouver qu'il a été licencié ou qu'il a cessé d'être au service de l'employeur et qu'il n'est pas rémunéré—Étant donné que les exigences sont distinctes, le fait que l'intimé n'était pas rémunéré ne prouve pas d'une manière concluante qu'il a été licencié ou qu'il a cessé d'être au service de l'employeur—L'intimé n'a jamais été licencié—Le contrat de service continue à s'appliquer—La Commission a jugé à tort que [TRADUCTION] «le fait qu'il a continué à assurer les services sans être rémunéré n'est pas incompatible avec le cas des nombreux bénévoles de la collectivité qui continuent à servir une cause, et ce, qu'ils soient rémunérés ou non pour leur participation»—Règlement sur l'assurance-chômage, C.R.C., chap. 1576, art. 37(1) (mod. par DORS/82-778, art. 1).

CANADA (PROCTEUR GÉNÉRAL) C. ENNS (A-559-89, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 19-9-90, 4 p.)

Demande fondée sur l'art. 28 attaquant une décision du juge-arbitre et du conseil arbitral infirmant le refus de la Commission d'accorder une prorogation du délai de 30 jours accordé à un prestataire pour en appeler d'une décision affectant son droit à des prestations—C'est à la Commission qu'appartient le pouvoir discrétionnaire de prolonger, pour des raisons spéciales, ce délai—Le conseil arbitral ne saurait s'immiscer dans l'exercice de ce pouvoir que dans la mesure où il aurait été exercé de façon non judiciaire—En l'espèce, le refus de la Commission n'était nullement fondé sur des considérations non pertinentes—Un revirement de jurisprudence quant à la question qui intéresse l'intimé ne saurait justifier une prorogation du délai plus d'un an après la décision qu'il veut porter en appel—Le conseil arbitral ne pouvait donc pas s'immiscer dans la décision

ASSURANCE-CHÔMAGE—Fin

de la Commission et le juge-arbitre a eu tort d'approuver sa conclusion—La demande est accueillie.

CANADA (PROCEUREUR GÉNÉRAL) C. PLOURDE (A-80-90, juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 1-10-90, 3 p.)

Demande fondée sur l'art. 28 attaquant une décision du juge-arbitre refusant de proroger, pour des raisons spéciales, le délai de 30 jours pour en appeler d'une décision affectant le droit à des prestations d'assurance-chômage—La demande est rejetée pour les motifs énoncés dans *Canada (Procureur général) c. Plourde*, [1990] 3 C.F. F-54 (C.A.)—Dans cette cause la Cour d'appel fédérale accueillait une demande fondée sur l'art. 28 au motif que le conseil arbitral ne devait pas s'immiscer dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Commission de refuser une demande de prorogation du délai en l'absence de preuve que ce pouvoir aurait été exercé de façon «non judiciaire»—Un revirement de jurisprudence plus d'un an après la décision que le prestataire voulait porter en appel ne justifiait pas une prorogation du délai.

MONY C. CANADA (COMMISSION DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-94-90, juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 1-10-90, 2 p.)

BREVETS

Requête en vue de la radiation de certains paragraphes de la défense et de la demande reconventionnelle en vertu de la Règle 419—Audience limitée à des arguments constitutionnels et fondés sur la compétence—Les demanderessees sont propriétaires d'un brevet à l'égard d'un médicament connu sous le nom d'Atenolol, utilisé dans le traitement des maladies coronariennes—La défenderesse est titulaire d'une licence obligatoire en vue de l'importation, de la préparation, de l'utilisation et de la vente conformément à l'art. 41 de la Loi—La défenderesse a plaidé que l'art. 41.11 est inconstitutionnel et qu'il est nul et sans effet puisqu'il est incompatible avec les art. 7 et 15(1) de la Charte ainsi qu'avec les art. 1a) et 2a) de la Déclaration canadienne des droits—Requête accueillie—La défenderesse n'a pas le droit de se prévaloir des art. 7 et 15 de la Charte—Les plaidoiries de la défenderesse se rapportant à l'invalidité constitutionnelle de l'art. 41.11 de la Loi sur les brevets sont radiées conformément à la Règle 419(1a)—La Cour a compétence et a le droit de créer ou de réglementer des biens dans l'exercice des pouvoirs énumérés—Les questions constitutionnelles et les questions de compétence ont été tranchées avant l'adoption de l'art. 41.11: *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1987] 2 C.F. 359 (C.A.)—L'art. 41(4) prévoit que la délivrance de licences obligatoires relève de la compétence du législateur fédéral auquel est conféré le pouvoir en matière de «brevets d'invention et de découverte»—L'expression «individu» figurant à l'art. 1a) de la Déclaration canadienne des droits ne comprend pas les personnes morales—L'art. 41(4) ne nie pas l'application régulière de la loi, que ce soit au fond ou sur le plan de la procédure—Les droits prévus par l'art. 7 de la Charte se rapportent au bien-être physique d'une personne naturelle et ne peuvent pas décrire les droits d'une société ou les droits purement économiques d'une personne naturelle—L'expression «chacun» figurant à l'art. 7 de la Charte exclut les sociétés et autres entités qui ne peuvent

BREVETS—Fin

jouir de la vie, de la liberté et de la sécurité de la personne: *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927—L'art. 2a) de la Déclaration canadienne des droits n'est pas pertinent—L'art. 70 de la Loi sur les brevets n'exclut pas la compétence que possède la Cour en vue de s'occuper des licences accordées en vertu de la Loi—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 419—Loi sur les brevets, S.R.C. 1970, chap. P-4, art. 41 (mod. par S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, art. 164; S.C. 1987, chap. 41, art. 14), 41.11 (mod. par S.C. 1987, chap. 41, art. 15), 70—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^o 44], art. 7, 15—Déclaration canadienne des droits, L.R.C. (1985), appendice III, art. 1a), 2a).

IMPERIAL CHEMICAL INDUSTRIES PLC C. APOTEX INC. (T-1513-88, juge Rouleau, ordonnance en date du 11-7-90, 9 p.)

PRATIQUE

La défenderesse demande un jugement sommaire conformément à la Règle 341a) en vue du rejet de l'action fondée sur les aveux de la demanderesse dans une action en contrefaçon du nouveau brevet qui lui avait été accordé—La défenderesse allègue que le nouveau brevet est invalide et nul conformément aux art. 50(1) et 55(1) de la Loi sur les brevets—Elle allègue qu'il n'existe aucun fondement permettant de juger que le brevet original était défectueux ou inopérant à cause d'une description ou spécification insuffisante—Il est allégué qu'aucune erreur n'a été commise par inadvertance, accident ou méprise—Demande rejetée—La question de savoir si une description et une spécification insuffisantes existaient vraiment et si elles ont été corrigées par des modifications constitue manifestement matière à procès—Le commissaire aux brevets n'a pas manifestement eu tort d'accorder le nouveau brevet pour ce motif—Les réponses aux questions qui ont été posées pendant le contre-interrogatoire au sujet des recherches officielles et les recherches elles-mêmes ne constituent pas des aveux suffisamment concluants et irréfutables pour empêcher la demanderesse de présenter une preuve au procès au sujet des recherches effectuées concernant les inventions aux États-Unis—Les allégations que la demanderesse a faites dans la pétition ne permettent pas à la Cour de conclure que celle-ci a omis de montrer qu'une erreur avait été commise par inadvertance, accident ou méprise—Les questions de fait sont encore en litige—La demanderesse doit avoir l'occasion de soutenir au procès que le nouveau brevet a valablement été accordé selon le principe établi dans *Curl-Master Mfg. Co. Ltd. v. Atlas Brush Ltd.*, [1967] R.C.S. 514—La Cour n'est pas convaincue que les questions de fait en litige ne sont pas contestables ni que les conséquences juridiques découlant des faits reconnus ne laissent planer aucun doute—Loi sur les brevets, S.R.C. 1970, chap. P-4, art. 50(1), 55(1)—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 341a).

FLEXI-COIL LTD. C. F.P. BOURGAULT INDUSTRIES AIR SEEDER DIVISION LTD. (T-418-87, juge McNair, ordonnance en date du 27-7-90, 13 p.)

CITOYENNETÉ

CONNAISSANCES REQUISES

Appel de la décision qu'avait prise le juge de la citoyenneté de refuser d'attribuer la citoyenneté pour le motif que la requérante ne satisfaisait pas aux exigences de l'art. 5(1)d), e) de la Loi—Après avoir passé quatre années au Canada, la requérante ne parlait aucune des deux langues officielles—Elle n'avait pas démontré une connaissance suffisante du Canada ainsi que des responsabilités et avantages conférés par la citoyenneté—Le juge a omis de recommander au ministre d'exercer son pouvoir discrétionnaire en vue d'attribuer la citoyenneté pour des raisons d'ordre humanitaire ou dans une situation particulière de détresse conformément à l'art. 5(3),(4)—Appel accueilli en partie—Il existe des raisons d'ordre humanitaire: *Re Aboumalhab* (1987), 17 F.T.R. 180 (C.F. 1^{re} inst.)—L'appelante a 60 ans—Elle est née au Liban—Elle est résidente permanente et ses enfants sont des citoyens canadiens—Elle parle l'arabe, mais ne sait pas lire et écrire sa langue maternelle—Elle n'a jamais travaillé à l'extérieur de la maison—Elle s'occupe de ses petits-enfants et est rémunérée pour ce faire—Sa famille l'appuie énormément—Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), chap. C-29, art. 5(1)d),e),(3),(4), 15(1).

HOKAYEM (RE) (T-583-90, juge Rouleau, ordonnance en date du 19-9-90, 3 p.)

COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE

La Couronne cherche à mettre en cause des tiers dans une action en négligence que la demanderesse a intentée contre elle après s'être blessée en tombant—Demande rejetée—Rien dans le droit fédéral ne permet de mettre en cause des tiers—Action en vertu de la Loi sur la responsabilité de la Couronne fondée sur la propriété et l'occupation de l'aéroport—Rien dans la Loi sur l'aéronautique ne permet à la défenderesse de présenter une demande fondée sur un délit ou sur un contrat contre les mises en cause proposées ou ne laisse entendre que celle-ci a le droit de le faire—Rien ne montre que la Couronne a le droit d'être dédommée: *R. c. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd. et autre*, [1980] 1 R.C.S. 695.

WEBSTER C. CANADA (T-758-90, juge Cullen, ordonnance en date du 17-9-90, 3 p.)

Droit maritime—L'appelante a été autorisée à déposer un acte de comparution conditionnelle pour contester la compétence de la Cour—Action dans laquelle il est allégué que l'appelante a mal rempli un conteneur à Rotterdam, aux Pays-Bas, celui-ci devant être chargé à bord d'un navire pour être transporté outre-mer—Appel rejeté—La Cour a compétence *ratione materiae*: *ITO—International Terminal Operators c. Miida Electronics et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752—La manière de remplir un conteneur en vue du transport par mer est une question de droit maritime—Aucune question ne se pose au sujet de la compétence *ratione personae* étant donné que la validité de la signification de la déclaration *ex juris* et de l'ordonnance n'est pas contestée.

PETER CREMER BEFRACHTUNGSKONTOR GMBH C. MCGREGOR CORY CARGO SERVICES B.V. (A-279-89, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 11-9-90, 2 p.)

DOUANES ET ACCISE

Demande en vue de l'annulation de la décision qu'avait prise le sous-ministre du Revenu national (Douanes et Accise) au sujet de l'importation d'armes à feu—Des armes à feu avaient été saisies pour le motif qu'elles pouvaient servir d'armes automatiques—Le sous-ministre a jugé que les armes n'étaient pas «suffisamment modifiées pour ne pas être considérées comme des armes prohibées au sens du Code criminel» et leur importation a donc été prohibée conformément au Tarif des douanes—Le M.R.N. a par la suite jugé que l'importation de la majorité des armes ne contrevenait pas à la Loi sur les douanes et que les armes pouvaient être dédouanées sous réserve des dispositions du Tarif des douanes—Demande rejetée—Les art. 65(3), 67, 68 de la Loi sur les douanes confèrent le droit d'appel au Tribunal canadien du commerce extérieur et à la Cour fédérale—Le requérant a interjeté appel avant le dépôt de la présente requête—Lorsque le droit d'appel existe, le *certiorari* n'est disponible que dans des circonstances spéciales: *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561—Loi sur les douanes, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), chap. 1, art. 65(3), 67 (mod., idem) (4^e suppl.), art. 52, 68 (mod., idem)—Tarif des douanes, L.R.C. (1985) (3^e suppl.), chap. C-41, art. 138, annexe VII, code 9965.

ANDERSON C. CANADA (SOUS-MINISTRE M.R.N., DOUANES ET ACCISE) (T-2863-89, juge Martin, ordonnance en date du 28-8-90, 9 p.)

DROIT MARITIME

PRATIQUE

Dommages-intérêts et dépens—Renvoi—Les demandereses réclament des frais de surestaries par suite de la rupture du contrat de charte-partie—Elles ont obtenu une ordonnance par défaut étant donné que la défenderesse n'avait pas déposé de défense—Le reste des frais de surestaries, soit la somme de 19 048,46 \$, est encore dû—La règle selon laquelle la conversion en devises canadiennes est effectuée à la date de la rupture est adoptée—La date de la facture est celle qui s'applique en vue de la détermination du taux de change—Dommages-intérêts s'élevant à 22 000,97 \$, le taux de change étant de 1,1550—Quant aux dommages-intérêts, l'intérêt, qui s'élève à 16 %, est calculé à compter de la date de la facture conformément à l'ordonnance du protonotaire-chef accordant l'intérêt demandé dans la déclaration—Les dépens sont fixés à 681,87 \$—Les montants maximums prévus par le tarif B sont réduits—Affaire ordinaire—Aucune question complexe—Peu de travail exigé de la part des procureurs—La réclamation concernant les services fournis avant l'interrogatoire préalable est rejetée—Les sommes déboursées avant que la procédure soit intentée ne peuvent pas être accordées—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, tarif B (mod. par DORS/87-221, art. 8).

N.M. PATERSON & SONS, LTD. C. CO.PR.A INTERNATIONAL S.R.L. (T-3027-89, arbitre Cousineau, renvoi en date du 21-9-90, 4 p.)

DROIT MARITIME—Fin

TRANSPORT DE MARCHANDISES

Action découlant du dommage causé à une cargaison d'acier, celui-ci s'étant apparemment rouillé par suite de la négligence du transporteur pendant l'arrimage et le transport—L'acier avait été fabriqué en France, chargé en Belgique et livré à Toronto, Hamilton et Détroit—Le transporteur a dû attendre dix jours avant de décharger la cargaison par suite de la fermeture d'un pont—Question de savoir si l'acier s'était rouillé par suite de la condensation, découlant de la mauvaise ventilation au cours d'une vague de chaleur—Action rejetée—La demanderesse n'a pas établi une preuve *prima facie* de responsabilité—La demanderesse n'a pas montré que la cargaison était sèche et en bon état avant le transport, ni qu'elle était endommagée au moment du déchargement, ce qui permettrait de déduire que le dommage a été subi pendant que les marchandises étaient en la possession de la défenderesse—La rouille a pu se former avant ou après le déchargement—L'acier a été entreposé pendant deux semaines dans un entrepôt ouvert situé dans un port belge avant le chargement—Les enveloppes protectrices extérieures n'ont été enlevées et l'acier n'a été examiné que quelques semaines après le déchargement—Aucune preuve crédible de lien causal en ce qui concerne la négligence possible—Le dommage résulte d'un péril de la mer ou est attribuable à des circonstances indépendantes de la volonté de la défenderesse—La fermeture du pont, qui a occasionné un retard de quatorze jours, est visée par les dispositions d'exonération énoncées dans les Règles de La Haye—Règles de La Haye, S.R.C. 1970, chap. C-15, Annexe, Article IV, art. 2c),q).

FRANCOSTEEL CORP. C. FEDNAV LTD. (T-1699-85, juge Rouleau, jugement en date du 7-9-90, 28 p.)

FONCTION PUBLIQUE

Compétence—Demande présentée en vertu de l'art. 28 à la suite d'une décision de la Commission des relations de travail dans la fonction publique rejetant le renvoi présenté en vertu de l'art. 99 de la Loi pour défaut de compétence—Le grief visait à l'obtention d'une déclaration selon laquelle la politique de l'employeur concernant les congés était nulle parce qu'elle contrevient aux dispositions de la convention collective—Demande rejetée—La Commission a eu raison de refuser d'assumer sa compétence—L'art. 99(1) de la Loi ne permet pas un renvoi à la Commission lorsque la présumée violation de l'obligation n'est pas assujettie à un grief individuel—La convention collective oblige l'employeur à accorder des congés aux employés—Seuls les employés touchés peuvent assurer l'exécution de l'obligation—La convention collective ne permet pas de déduire qu'il est interdit à l'employeur d'adopter des politiques qui de l'avis de l'agent négociateur, violent les obligations envers les employés—Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. (1985), chap. P-35, art. 99.

INSTITUT PROFESSIONNEL DE LA FONCTION PUBLIQUE C. CANADA (A-64-90, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 27-9-90, 2 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU

CALCUL DU REVENU

Société—La demanderesse allègue que certaines sommes ont été versées au principal actionnaire en 1981 à titre gracieux ou encore à titre de rétribution ou d'honoraires de gestion et qu'il s'agit d'une dépense déductible conformément à l'art. 20(1)e) de la Loi—Il est allégué que les biens transmis à une société en 1982 sont régis par les dispositions de la Loi concernant le transfert libre d'impôt et qu'aucun gain en capital n'est imposable—Action rejetée—Selon la preuve, l'argent a été versé au principal actionnaire en tant qu'intérêt—Dans son témoignage, le principal actionnaire a tenté après coup d'établir que l'argent versé est visé par les dispositions de la Loi—L'art. 85(1)b) s'applique à la transmission de biens—Une contrepartie a été reçue et notamment une participation dans la société et un paiement en espèces—Le montant reçu par le contribuable au moment de la transmission des biens à la société est plus élevé que le montant dont la demanderesse et la société avaient convenu en effectuant le choix prévu par l'art. 97(2)—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 20(1)e), (mod. par S.C. 1979, chap. 5, art. 7), 85(1)b) (mod. par S.C. 1973-74, chap. 14, art. 25; 1974-75-76, chap. 26, art. 48; 1980-81-82-83, chap. 48, art. 45), 97(2) (mod. par S.C. 1974-75-76, chap. 26, art. 61; 1980-81-82-83, chap. 140, art. 58).

HARO PACIFIC ENTERPRISES LTD. C. CANADA (T-2059-86, juge Reed, jugement en date du 5-9-90, 9 p.)

Déductions

Appel du rejet par le ministre des sommes déduites par la demanderesse en tant que comptes fournisseurs pendant l'année d'imposition—Question de savoir si le ministre a eu raison de considérer que les sommes étaient des «retenues payables» dont la déductibilité était prohibée par l'art. 18(1)a),e) de la Loi—La demanderesse est spécialiste en génie mécanique et entrepreneur; elle s'occupe de projets de construction à titre de sous-traitant—Elle embauche des sous-traitants secondaires en vertu de commandes d'achat pour fournir et installer des matériaux [TRADUCTION] «en conformité avec les plans, les cahiers de charge et les annexes» à la satisfaction des ingénieurs ou avec le consentement de ces derniers—La demanderesse effectue les paiements dans les quelques mois qui suivent la réception des factures mensuelles sauf pour la retenue—La demanderesse soutient que les retenues sont des comptes fournisseurs et qu'elles sont déductibles conformément à l'art. 18(1)a)—Dans les formulaires de l'Alberta concernant les contrats entre les propriétaires et les entrepreneurs généraux ainsi qu'avec les sous-traitants, il n'est pas fait mention des sous-traitants secondaires—Aucune entente verbale ni aucune coutume du métier au niveau des sous-traitants secondaires en Alberta—Appel accueilli—En ce qui concerne les retenues, la demanderesse a déboursé les sommes ou a fait ou engagé les dépenses en vue de tirer un revenu d'entreprise au sens de l'art. 18(1)a)—L'obligation de la demanderesse envers les sous-traitants secondaires en ce qui concerne les retenues n'est pas éventuelle: arrêts *Guay J.L. Liée c. M.R.N.* (1971), 71 DTC 5423 (C.F. 1^{re} inst.); et *Nfld Light & Power Co. Ltd. c. La Reine* (1990), 90 DTC 6166 (C.A.F.) distingués—Les documents contractuels régissant les relations que la demanderesse entretient avec les entrepreneurs

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

généraux et avec les sous-traitants secondaires ne l'autorisent pas expressément à effectuer une retenue sur les paiements à effectuer à ces derniers—La preuve n'établit pas quelle est la pratique—La demanderesse n'attend pas toujours la délivrance d'un certificat de quasi-achèvement avant de verser les sommes retenues aux sous-traitants secondaires—En général, elle effectue les paiements au complet, avant la date de délivrance du certificat de quasi-achèvement—Les sommes retenues sont payées si la demanderesse est satisfaite du travail étant donné que cette dernière demeure responsable des lacunes jusqu'au moment de la délivrance du certificat—Les mouvements de trésorerie de la demanderesse entrent en ligne de compte lorsqu'il s'agit de déterminer le moment où les sommes retenues sont payées; c'est la raison pour laquelle l'entreprise a effectué ces retenues en premier lieu—Les retenues ne constituent pas une somme virée ou créditée à une réserve ou à un compte de prévoyance—L'art. 18(1)e) ne s'applique pas en ce qui concerne la déduction—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 18(1)a),e).

WIL MECHANICAL LTD. C. CANADA (T-603-86, juge McNair, jugement en date du 23-7-90, 15 p.)

Entreprise agricole

Appel des nouvelles cotisations pour 1980 et 1981—Le ministre a limité à 5 000 \$ les pertes subies dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise d'élevage de chevaux conformément à l'art. 31(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu—L'art. 31(1) limite à 5 000 \$ la déduction à l'égard des pertes agricoles lorsque la principale source de revenu du contribuable n'est pas l'agriculture—Question de savoir si la principale source de revenu des demandereses est l'agriculture ou une combinaison de l'agriculture et de quelque autre source—Allan J. Dand détient la majorité des actions (98 %) de Dand Auto Parts Limited (DAPL) et d'A.J. Dand Limited (AJDL), sociétés demandereses—AJDL exploitait un magasin Canadian Tire à Dartmouth (Nouvelle-Écosse)—En 1979, elle a acquis des terres près de Calgary (Alberta) en vue d'établir une ferme d'élevage de chevaux—Elle a cédé le magasin et l'entreprise agricole à DAPL le 1^{er} août 1980—DAPL exploite encore le magasin et la ferme—AJDL est une société de gestion qui gère le magasin—Dand et sa femme touchent un salaire à titre d'employés d'AJDL—Le gérant du magasin est chargé d'assurer la marche des affaires courantes du magasin, mais Dand et sa femme s'occupent de l'organisation du magasin et de la ferme—Dand allègue qu'il s'est lancé dans le commerce de détail en vue de faire de l'argent pour acheter une ferme, mais qu'il a l'intention de vendre le magasin lorsque la ferme lui rapportera «suffisamment» d'argent—Il est impossible de savoir dans quelle mesure la ferme doit être rentable avant que Dand ne cède le magasin, mais celui-ci avait clairement l'intention d'établir un ranch d'élevage de chevaux de première qualité—Malgré des pertes continues sévères, il a continué à acheter des juments à l'aide des bénéfices réalisés par suite de l'exploitation fructueuse du magasin—La preuve laisse entendre que Dand n'a songé à devenir propriétaire d'une ferme d'élevage de chevaux qu'une fois que le magasin lui a rapporté beaucoup d'argent—Il n'a

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

aucune formation spéciale dans le domaine de l'élevage de chevaux—Dand passe quelque temps à la ferme pendant les vacances scolaires d'été, et pendant le congé de Pâques et de Noël, ainsi qu'au printemps et à l'automne—Il peut s'absenter de son bureau de Dartmouth, mais selon l'entente conclue avec Canadian Tire, il est responsable de l'exploitation générale du magasin—Mention de *Moldowan c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 480, dans lequel trois catégories d'agriculteurs sont établies et de *Hadley, H.S. c. La Reine* (1985), 85 DTC 5058 (C.F. 1^{re} inst.) dans lequel sont résumées les lignes directrices à suivre dans la détermination de la catégorie dont le contribuable fait partie—En général, la jurisprudence concernant l'art. 31(1) s'applique aux particuliers, mais les mêmes critères s'appliquent au principal actionnaire étant donné que la preuve montre que Dand est l'âme dirigeante des sociétés demandereses—Les demandereses n'ont pas établi que l'agriculture est leur principale activité et leur principale source de revenu—Il n'existe aucune preuve objective établissant (1) que Dand renoncera à exploiter le magasin avant sa retraite, (2) qu'il a planifié le taux de rendement et (3) qu'il s'attend à réaliser des bénéfices à un moment précis, ce qui permet de déduire qu'il n'a pas l'intention de renoncer au magasin avant sa retraite et que l'entreprise agricole ne constitue qu'un passe-temps—Dand espère avoir une ferme «économiquement viable», et non une entreprise constituant la principale source de revenu de DAPL—La preuve montre que la ferme ne constituera jamais la principale source de revenu de la société—Il se peut que la ferme devienne rentable, mais cela ne permet pas de conclure qu'elle pourra un jour devenir la principale source de revenu de la société—Tout le revenu est tiré du magasin, qui rend possible l'exploitation de la ferme—La ferme ne deviendra probablement la principale source de revenu que si elle devient la seule source de revenu, mais même alors, il se peut qu'elle ne soit pas rentable compte tenu des risques que comporte l'élevage des chevaux—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 31(1) (mod. par S.C. 1973-74, chap. 14, art. 7).

DAND AUTO PARTS LTD. C. CANADA (T-1514-85, juge Teitelbaum, jugement en date du 7-9-90, 53 p.)

SAISIES

Le demandeur réclame au ministère du Revenu national l'argent saisi qui lui est dû par les débiteurs d'une corporation—Il allègue que tous les comptes client et les comptes débiteurs lui ont été cédés—Action rejetée—Le demandeur a omis de prouver que les sommes réclamées sont dues—Le contrat d'affermage de créances avait antérieurement été résilié—Le ministre était libre de saisir les comptes en 1981 étant donné que ceux-ci n'appartenaient pas alors à la corporation débitrice—La cession des comptes n'a pas pleinement pris effet—L'enregistrement est expiré ou est inefficace au Québec—L'acte n'a jamais été enregistré en Ontario.

CAMERON C. CANADA (T-1633-85, juge Muldoon, jugement en date du 9-8-90, 12 p.)

Le M.R.N. a demandé une ordonnance en vue de la conservation de documents saisis auprès de certains intimés, comptables et avocats conformément à l'art. 231.3(6) le 7 mai 1987—Certains intimés demandent qu'un contre-interrogatoire ait lieu

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

au sujet de la validité de la procédure de saisie pour le motif que l'art. 231.3(5) n'a pas été observé étant donné que les rapports n'ont pas été présentés au juge «dès que matériellement possible» après la saisie et que les deux déposants n'étaient pas ceux qui avaient exécuté les mandats de perquisition—Demande accueillie—Il ne sert à rien d'accorder des ordonnances autorisant le contre-interrogatoire—L'ordonnance de rétention n'est pas délivrée à la condition que le rapport ait été présenté «dès que matériellement possible»—Disposition indicative plutôt qu'obligatoire—Les documents saisis sont scellés et gardés au greffe tant que la question de la validité de la perquisition et de la saisie n'aura pas été tranchée—Tous les rapports déposés à l'appui des ordonnances de rétention ont été signés pour le compte de tous les officiers qui avaient initialement saisi les documents—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 231.3(5) (mod. par S.C. 1986, chap. 6, art. 121), (6) (mod., idem).

M.R.N. C. CANADIAN BIO-MASS RESEARCH (T-988-87, juge Reed, ordonnance en date du 12-9-90, 5 p.)

MARQUES DE COMMERCE**CONTREFAÇON**

Demande d'injonction interlocutoire destinée à empêcher la défenderesse d'utiliser la présentation figurant sur des bouteilles de bière corsée et sur l'emballage pour le motif qu'elle prête à confusion—Il est allégué qu'il y a *passing-off* au sens de l'art. 7b) de la Loi sur les marques de commerce, ainsi que violation du droit d'auteur—La demanderesse vend des marchandises dans plusieurs provinces, mais non dans les Provinces maritimes—Au Canada, la défenderesse n'effectue des ventes que dans les Provinces maritimes—Demande rejetée—*Turbo Resources Ltd. c. Petro Canada Inc.*, [1989] 2 C.F. 451 (C.A.) appliqué—Une question sérieuse est en litige, mais la demanderesse n'a pas montré qu'elle subirait probablement un préjudice avant le procès—La demanderesse ne dit pas qu'elle est sur le point de vendre de la bière dans les Maritimes—Elle émet des hypothèses au sujet du préjudice futur possible—Aucune probabilité réaliste de dommages—La balance des inconvénients penche du côté de la défenderesse—L'omission d'arrêter la défenderesse ne causera probablement pas d'inconvénients à la demanderesse—L'affaire est examinée au fond étant donné que l'octroi de l'injonction aura probablement pour effet de mettre fin à l'emploi de la présentation par la défenderesse—Selon le critère de la première impression, les deux présentations ne prêtent pas à confusion—Différences importantes—La demanderesse n'a pas montré que la présentation a acquis un caractère distinct dans les Provinces maritimes—Les parties ne vendent pas le produit sur le même marché—Le bien-fondé de la demande est douteux—Loi sur les marques de commerce, S.R.C., 1985, chap. T-13, art. 7b).

BRASSERIES MOLSON C. MOOSEHEAD BREWERIES LTD. (T-1963-90, juge Strayer, ordonnance en date du 10-8-90, 8 p.)

PEUPLES AUTOCHTONES

Requête par la Couronne en vue de la radiation d'une partie de la déclaration portant sur les conditions implicites des accords qu'elle avait conclus avec d'autres parties défenderesses («les autorités scolaires»)—En vertu du premier accord, la Couronne s'engageait à contribuer à la moitié des frais de construction d'une école pour les enfants autochtones et non autochtones—En vertu du second accord, la Couronne payait la moitié des frais d'agrandissement de l'école—La requête a été rejetée sauf en ce qui concerne un paragraphe—La question des conditions implicites doit être débattue à l'audience.

SEBASTIEN C. CANADA (MINISTRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD) (T-1154-89, juge Collier, ordonnance en date du 21-8-90, 5 p.)

PRATIQUE

Requête en vue de faire séparer la responsabilité et les dommages-intérêts rejetée—Les demandereses ne sont pas visées par le principe établi dans *Abramsky et autres c. Canada* (1985), 60 N.R. 6 (C.A.F.); *Proctor and Gamble c. Kimberley Clarke of Canada* (1989), 23 C.P.R. (3d) 288 (C.A.F.); confirmant (1989), 21 C.P.R. (3d) 414 (C.F. 1^{re} inst.)—Requête en vue de la fixation de la date du procès rejetée.

BANDE INDIENNE DE LOWER KOOTENAY C. CANADA (T-16-90, juge Collier, ordonnance en date du 7-8-90, 3 p.)

COMMUNICATION DE DOCUMENTS ET INTERROGATOIRE PRÉALABLE*Production de documents*

Appel de l'ordonnance du protonotaire-chef concernant la production de documents et les communications protégées par le secret professionnel de l'avocat—Des documents avaient antérieurement été échangés entre la demanderesse et des avocats en brevets américains à l'égard d'une demande antérieure présentée par la demanderesse en vue de la protection du brevet américain—La défenderesse soutient qu'il n'existe aucun privilège de ce genre en vertu de la loi américaine—Étant donné que la demanderesse a communiqué certains documents et qu'elle a ainsi permis un autre interrogatoire préalable, elle ne peut plus opposer son refus—Appel rejeté—Manque de motifs suffisants justifiant l'intervention même si la théorie actuelle concernant la portée de l'interrogatoire préalable laisse entendre qu'une solution plus libérale est adoptée—La communication entre une partie et son avocat en brevets aux États-Unis est de nature confidentielle: *IBM Canada Ltd. c. Xerox of Canada Ltd. et autres* (1977), 32 C.P.R. (2d) 205 (C.A.F.)—Une communication partielle ne constitue pas nécessairement une renonciation au privilège: *Risi Stone Ltd. c. Groupe Permacon Inc.* (T-1005-89, juge Reed, jugement en date du 6-3-90, C.F. 1^{re} inst., 11 p.)—La demanderesse a communiqué des documents privilégiés en vue d'établir la date de communication de l'invention—Une fois qu'elle a atteint ce but, la demanderesse a le droit de mettre fin à l'interrogation préalable.

ABC EXTRUSION CO. C. SIGNTECH INC. (T-1061-86, juge Joyal, ordonnance en date du 20-9-90, 4 p.)

PRATIQUE—Suite

FRAIS ET DÉPENS

Les frais entre parties adjugés aux défenderesses (appelantes) dans une action en contrefaçon de brevet sont accordés dans un appel où les actions des demanderesses (intimées), qui avaient été entendues en même temps, ont été rejetées—Le mémoire de frais se rapportant à la Section de première instance a été taxé et les montants suivants ont été accordés à chaque partie ayant gain de cause: 9 752,14 \$, 5 000 \$ et 5 000 \$—Certains articles sont admis de gré à gré—D'autres sont radiés par suite du manque de preuve—Les frais ne sont pas exigés en double—L'officier taxateur est lié, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré par la Règle 344, par l'octroi de frais individuels par la Cour d'appel—Les frais maximums en ce qui concerne la préparation du procès et la comparution sont exigibles en vertu de la Règle 346(1.1)—Il n'existe aucune raison spéciale permettant d'accorder les honoraires d'avocat en second—L'officier taxateur a exercé son pouvoir discrétionnaire en fixant le montant des sommes déboursées pour les photocopies en vertu de l'art. 3 du tarif B—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 344 (mod. par DORS/87-211, art. 2), 346(1.1) (mod., idem, art. 3), tarif B (mod., idem, art. 8), art. 3.

ELI LILLY AND CO. C. O'HARA MANUFACTURING LTD.
(T-1759-83, officier taxateur Smith, taxation en date du 29-6-90, 8 p.)

PRATIQUE—Fin

PARTIES

Intervention

Demandes présentées par onze parties en vue de l'obtention du statut d'intervenante leur permettant de s'opposer à la requête déposée par la requérante si jamais la Cour concluait que l'intimé avait de fait désobéi à l'ordonnance ou omis de s'y conformer—La requérante demande à la Cour d'obliger l'intimé à obéir à l'ordonnance du 12 février 1990, enjoignant à ce dernier d'ajouter la question de la méthodologie tarifaire à la liste des questions devant être prises en considération à l'audience commençant le 5 mars 1990 au cours de laquelle la demande de TransCanada Pipelines Limited concernant les installations pour 1991 et 1992 devait être prise en considération—Demandes rejetées—Les intervenantes possibles n'ont rien à perdre et leurs intérêts ne sont pas menacés à ce stade—Une multitude d'intervenantes ont déjà été admises—Les tribunaux découragent la multiplicité des procédures.

ASSOC. DES CONSOMMATEURS INDUSTRIELS DE GAZ C.
CANADA (OFFICE NATIONAL DE L'ÉNERGIE) (T-2984-89,
juge Muldoon, ordonnance en date du 16-7-90, 7 p.)