



---

**Canada  
Federal Court  
Reports**

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

**2001, Vol. 1, Part 2**

**2001, Vol. 1, 2<sup>e</sup> fascicule**

**Cited as [2001] 1 F.C., 219-481**

**Renvoi [2001] 1 C.F., 219-481**

---



EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF  
WILLIAM J. RANKIN, B.A., LL.B.

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

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

---

LEGAL STAFF

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

Legal Editors  
PATRICIA PRITCHARD, B.A., LL.B.  
RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.

PRODUCTION STAFF

Production Manager  
LAURA VANIER

Legal Research Editors  
LYNNE LEMAY  
PAULINE BYRNE

Publications Specialist  
JEAN-PIERRE LEBLANC

Assistant Publications Specialist  
DIANE DESFORGES

Internet and CRIS Coordinator  
LISE LEPAGE-PELLETIER

Editorial Assistant  
PIERRE LANDRIAULT

The *Canada Federal Court Reports* are published and the Editor and Advisory Committee appointed pursuant to the *Federal Court Act*. The Reports are prepared for publication by the Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs.

© Her Majesty the Queen, in Right of Canada, 2001.

*The following added value features in the Canada Federal Court Reports are protected by Crown copyright: captions and headnotes, all tables and lists of statutes and regulations, cases, authors, as well as the history of the case and digests of cases not selected for full-text publication.*

*Requests for permission to reproduce these elements of the Federal Court Reports should be directed to: Editor, Federal Courts Reports, Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Canada, K1A 1E3, telephone area code (613) 995-2706.*

ARRÊTISTES

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

Arrêtistes  
PATRICIA PRITCHARD, B.A., LL.B.  
RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication  
LAURA VANIER

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

Spécialiste des publications  
JEAN-PIERRE LEBLANC

Spécialiste adjointe des publications  
DIANE DESFORGES

Coordonnatrice, Internet et SIRC  
LISE LEPAGE-PELLETIER

Adjoint à l'édition  
PIERRE LANDRIAULT

Le *Recueil des arrêts de la Cour fédérale* est publié, et son arrêtiste en chef et le comité consultatif nommés conformément à la *Loi sur la Cour fédérale*. Le Recueil est préparé pour la publication par le Bureau du Commissaire à la magistrature fédérale.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2001.

*Les rubriques suivantes du Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada, ajoutées par les arrêtistes, sont protégées par le droit d'auteur de la Couronne: abstraits et sommaires, toutes les listes et tables de jurisprudence, de doctrine, de lois et règlements, ainsi que l'historique de la cause et les fiches analytiques des décisions qui n'ont pas été retenues pour publication intégrale.*

*Les demandes de permission de reproduire ces éléments du Recueil des arrêts de la Cour fédérale doivent être adressées à: L'arrêtiste en chef, Recueil des arrêts de la Cour fédérale, Bureau du Commissaire à la magistrature fédérale, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Canada) K1A 1E3, au (613) 995-2706.*

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

*Notifications of change of address (please indicate previous address) and other inquiries concerning subscription to the Federal Court Reports should be referred to Canadian Government Publishing, Public Works and Government Services Canada, Ottawa, Canada, K1A 0S9, telephone area code (613) 956-4802 or 1-800-635-7943.*

*Subscribers who receive the Federal Court Reports pursuant to the Canada Federal Court Reports Distribution Order should address any inquiries and change of address notifications to: Laura Vanier, Production Manager, Federal Court Reports, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Canada, K1A 1E3.*

---

*Federal Court decisions, as handed down by the Court, as well as the edited versions of those selected for publication in the Federal Court Reports, are available on the Internet at the following Web site: <http://www.fja.gc.ca>*

## **CONTENTS**

<b>Digests</b> .....	<b>D-15</b>
<b>Appeals Noted</b> .....	<b>I</b>

<b>Adam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (C.A.)</b> .....	<b>373</b>
--	------------

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Immigration Inquiry Process — Certified question: whether inherent jurisdiction to extend statutory time limitation when justice requiring it, and when strict adherence to time limitation resulting in frustration of legislative purpose — Immigration Regulations, 1978, s. 11.4(2)(b) imposing 15-day time limitation for application by failed refugee claimant for membership in post-determination refugee claimants in Canada (PDRCC) class — Immigration officer rejecting claim as made out of time — Not having jurisdiction to extend statutory time limit under PDRCC regulations — Time limit integral part of determination procedure for PDRCC class, statutory limitation on immigration officer's authority to deal with applications under PDRCC regulations — Language of time limitation clear, unambiguous.

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Certified question: whether failure to provide in post-determination refugee claimants in Canada (PDRCC)

*Continued on next page*

*Les demandes de renseignements au sujet du contenu du Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada doivent être adressées à l'arrêviste en chef à l'adresse et au numéro de téléphone susmentionnés.*

*Les avis de changement d'adresse (avec indication de l'adresse précédente), ainsi que les demandes de renseignements au sujet de l'abonnement au Recueil des arrêts de la Cour fédérale, doivent être adressés aux Éditions du gouvernement du Canada, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, Ottawa (Canada) K1A 0S9 au (613) 956-4802 ou 1-800-635-7943.*

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

---

*Les décisions de la Cour fédérale, telles que rendues par la Cour, ainsi que, pour les décisions choisies, les versions préparées pour la publication dans le Recueil des arrêts de la Cour fédérale, peuvent être consultées sur Internet au site Web suivant: <http://www.cmf.gc.ca>*

## **SOMMAIRE**

<b>Fiches analytiques</b> .....	<b>F-19</b>
<b>Appels notés</b> .....	<b>I</b>

<b>Adam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (C.A.)</b> .....	<b>373</b>
---	------------

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Processus d'enquête en matière d'immigration — Question certifiée: Est-ce qu'il existe un pouvoir inhérent de proroger un délai légal lorsque la justice l'exige et que le strict respect du délai va contre l'objectif de la loi? — L'art. 11.4(2)(b) du Règlement sur l'immigration de 1978 impose un délai de prescription de 15 jours aux demandeurs déboutés du statut de réfugié pour la présentation d'une demande visant l'attribution de la qualité de demandeur non reconnu du statut de réfugié au Canada (DNRSRC) — L'agent d'immigration a rejeté la demande parce qu'elle était tardive — Il n'avait pas compétence pour proroger le délai légal fixé par le règlement régissant les DNRSRC — Le délai de prescription fait partie intégrante de la procédure d'attribution de la qualité de DNRSRC et constitue une limite légale à la compétence conférée aux agents d'immigration pour traiter les demandes en vertu du règlement régissant les DNRSRC — La disposition qui fixe ce délai est claire, sans ambiguïté.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Question certifiée: le défaut de prévoir, dans le règlement régissant les demandeurs non reconnus du statut

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Continued)

class regulations for discretionary power to extend time limit breach of Charter, s. 7 as not in accord with principles of fundamental justice — Failed refugee claimants entitled to procedure in accord with fundamental justice in determination of potential risk of removal — Issue not whether strict time limitation with no provision for discretionary extension accords with fundamental justice principles, but whether scheme of Act affords sufficient procedural protection against removal to country where personal security at risk — Act providing such protection by giving (i) right to seek judicial review of negative refugee determination; (ii) right under s. 114(2) to apply for permanent residence in Canada on humanitarian, compassionate grounds (possibly including risk assessment), coupled with right to seek stay of removal pending determination of application; (iii) right to make PDRCC application which must include risk assessment — Time limitation imposing reasonable obligation of diligence on potential applicant, but neither vitiating safeguards available to person at risk of being deprived of personal security through removal to another country, nor compelling immigration authorities to read mandatory time limitation as though subject to discretionary extension.

### **Bains v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (T.D.) ..... 284**

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Citizens — Appeal from denial of citizenship — Appellant not responding to request for fingerprints to confirm whether Citizenship Act, ss. 21, 22 applied to her — S. 21 stipulating no period during which person on probation, parole, in penitentiary, jail, counted as period of residence — S. 22 providing person may not become citizen while on probation, parole, in prison — Appellant signed (1) citizenship application containing declaration prohibitions in s. 22 not applicable; (2) notice attesting Citizenship Judge satisfied requirements of Act met, except whether appellant subject to s. 22 prohibition; confirming appellant not subject to immigration, criminal proceedings since filed application for citizenship — Citizenship Judge held appellant failed to rebut presumption prohibited from being granted citizenship by Act, ss. 21, 22 — Appeal dismissed — Attestation in notice not relevant evidence as appellant not attesting under oath not subject to any prohibition under s. 22 — Simply recorded Citizenship Judge could not ascertain appellant not subject to disqualification — Procedure under Citizenship Regulations, 1993 on receipt of application indicating statements in citizenship application not taken at face value — Where party fails to bring before tribunal evidence within

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

de réfugié au Canada (DNRSRC), le pouvoir discrétionnaire de proroger le délai de prescription contrevient-il à l'art. 7 de la Charte parce qu'il n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale? — Les demandeurs déboutés du statut de réfugié ont droit à une procédure conforme aux principes de justice fondamentale pour l'évaluation du risque auquel leur renvoi peut les exposer — La question à trancher ne consistait pas à déterminer si un délai de prescription strict sans attribution d'un pouvoir discrétionnaire est conforme aux principes de justice fondamentale, mais si le régime établi par la Loi offre une protection suffisante, sur le plan de la procédure, contre le renvoi vers un pays où la sécurité de la personne est menacée — La Loi offre cette protection en conférant (i) le droit de demander le contrôle judiciaire du rejet de la revendication du statut de réfugié; (ii) le droit de demander la résidence permanente au Canada en invoquant des motifs d'ordre humanitaire (avec la possibilité d'une évaluation du risque), en vertu de l'art. 114(2), tout en demandant qu'il soit sursis à la mesure de renvoi jusqu'à l'issue de la demande; (iii) le droit de présenter une demande visant l'attribution de la qualité de DNRSRC, qui comporte nécessairement une évaluation du risque — Le délai de prescription impose au demandeur éventuel une obligation de diligence raisonnable, mais ne porte pas atteinte aux garanties offertes à la personne dont la sécurité de la personne est menacée si elle est renvoyée dans un autre pays, ni n'oblige les autorités de l'immigration à interpréter le délai de prescription obligatoire comme s'il pouvait faire l'objet d'une prorogation discrétionnaire.

### **Bains c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1<sup>re</sup> inst.) ..... 284**

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Citoyens — Appel du refus d'attribuer la citoyenneté — L'appelante n'avait pas répondu à une demande en vue de l'obtention de ses empreintes digitales, destinée à confirmer si elle était visée par les art. 21 et 22 de la Loi sur la citoyenneté — L'art. 21 prévoit que ne sont pas prises en compte pour la durée de résidence les périodes au cours desquelles l'intéressé a été sous le coup d'une ordonnance de probation, a bénéficié d'une libération conditionnelle ou a été détenu dans un pénitencier ou une prison — L'art. 22 prévoit que nul ne peut devenir citoyen pendant la période où il est sous le coup d'une ordonnance de probation, il bénéficie d'une libération conditionnelle, il est détenu dans une prison — L'appelante avait signé 1) un formulaire de demande de citoyenneté renfermant une déclaration disant que les interdictions énumérées à l'art. 22 ne s'appliquaient pas; 2) un avis indiquant que le juge de la citoyenneté était convaincu que les exigences de la Loi avaient été remplies sauf la question de savoir si l'appelante était visée par une interdiction selon l'art. 22 et une attestation confirmant que, depuis qu'elle avait présenté sa demande de citoyenneté, elle n'avait pas fait l'objet de procédures criminelles ou concernant l'immigration — Le juge de la citoyenneté a conclu

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

ability to adduce, inference evidence not adduced unfavourable — Citizenship Judge entitled to infer from failure to provide fingerprints result of complying would have been unfavourable to citizenship application.

Evidence — Citizenship applicant disregarding request to provide fingerprints regarding Citizenship Act, ss. 21, 22 — Application denied — Citizenship Judge holding that, in refusing to furnish prints, appellant failing to rebut presumption prohibited from citizenship grant by ss. 21, 22 — Whether Judge erred in making presumption — Where party failing to adduce evidence within own ability to tender, tribunal may draw inference evidence not adduced unfavourable to party unless reasonable explanation provided — Meaning of “presumption” in law of evidence — In context of drawing inference from established fact, Citizenship Judge did not err in use of word “presumption”.

### **Canada (Commissioner of Competition) v. Air Canada (T.D.) ..... 219**

Practice — Judgments and orders — Reversal or variation — R. 399 motion to set aside *ex parte* order requiring air carrier to divulge records in inquiry into predatory pricing, abuse of dominant position, contrary to Competition Act — R. 399 applicable to *ex parte* orders under Competition Act, s. 11 — Order, to be set aside, must be based on misleading, incomplete, incorrect facts — To be upheld, order must relate to production of information, documents for purpose of inquiry, not prosecution of criminal offence — Documents sought, questions asked relevant to Commissioner’s inquiry — Motion to set aside heard by different judge from one granting *ex parte* order due to exceptional circumstances.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

que l’appelante avait omis de réfuter la présomption selon laquelle l’application des art. 21 et 22 de la Loi l’empêchait d’obtenir la citoyenneté — Appel rejeté — L’attestation figurant dans l’avis n’était pas un élément de preuve pertinent étant donné que l’appelante n’y avait pas attesté sous serment qu’elle n’était pas assujettie à une interdiction prévue à l’art. 22 — L’avis faisait simplement état du fait que le juge de la citoyenneté n’avait pas pu vérifier si l’appelante était visée par ce motif d’inadmissibilité — La procédure qui doit être suivie en vertu du Règlement sur la citoyenneté, 1993 sur réception d’une demande indique que les déclarations qui sont faites dans une demande de citoyenneté ne sont pas prises au pied de la lettre — Lorsqu’une partie omet de présenter au tribunal un élément de preuve qu’elle est en mesure de fournir, il est inféré que cet élément ne lui aurait pas été favorable — Le juge de la citoyenneté pouvait à bon droit inférer que si l’appelante avait omis de fournir ses empreintes digitales, c’était parce que le résultat aurait nui à sa demande de citoyenneté.

Preuve — La personne qui demandait la citoyenneté n’avait pas répondu à une demande visant l’obtention d’empreintes digitales, relativement aux art. 21 et 22 de la Loi sur la citoyenneté — Demande rejetée — Le juge de la citoyenneté avait conclu qu’en refusant de fournir des empreintes, l’appelante avait omis de réfuter la présomption selon laquelle l’application des art. 21 et 22 l’empêchait d’obtenir la citoyenneté — Question de savoir si le juge avait commis une erreur en appliquant la présomption — Lorsqu’une partie omet de présenter un élément de preuve qu’elle est en mesure de fournir, le tribunal peut inférer que cet élément ne lui aurait pas été favorable, à moins que des explications raisonnables ne soient fournies — Sens du mot «présomption» en droit de la preuve — Dans le contexte de l’inférence à faire par suite d’un fait établi, le juge de la citoyenneté n’a pas commis d’erreur en employant le mot «présomption».

### **Canada (Commissaire de la concurrence) c. Air Canada (1<sup>re</sup> inst.) ..... 219**

Pratique — Jugements et ordonnances — Annulation ou modification — Requête présentée en vertu de la règle 399 pour faire annuler l’ordonnance rendue *ex parte* qui requiert le transporteur aérien de produire des documents dans le cadre d’une enquête portant sur la pratique de prix d’éviction et d’abus de position dominante en contravention de la Loi sur la concurrence — La règle 399 s’applique aux ordonnances rendues *ex parte* en vertu de l’art. 11 de la Loi sur la concurrence — Pour annuler cette ordonnance, il faut établir qu’elle est fondée sur des faits de nature à induire en erreur, incomplets ou incorrects — Pour que l’ordonnance soit maintenue, elle doit être liée à la production de renseignements et de documents pour les fins d’une enquête, et non pas pour les fins d’une poursuite criminelle — Les documents demandés et les questions posées sont pertinentes

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Competition — Motion to set aside *ex parte* order to produce records, information issued under Competition Act, s. 11(1)(b), (c) — Commissioner of Competition inquiring into air carrier's conduct related to predatory pricing, abuse of dominant position contrary to Competition Act — Under Act, s. 11, Court must be satisfied inquiry commenced, person subject to order likely to have information relevant to inquiry — Material sought relevant.

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search or seizure — Competition Act, s. 11 said to infringe Charter, s. 8 — Information required to be produced for purposes of inquiry only, not prosecution — Not falling within category of self-incriminating disclosure — Production not compulsion in nature of forced labour — Information now being kept in electronic form — To protect information from disclosure as not previously in documentary form could prevent Commissioner from discharging statutory duty of inquiry — Act, s. 11(1)(c) not unconstitutional.

### **Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Dang (T.D.) ..... 321**

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Permanent residents — Humanitarian and compassionate considerations — Judicial review of IAD's decision allowing appeal from visa officer's refusal of application to sponsor relatives for immigration to Canada because applicant's, husband's combined income for 12 months prior to sponsorship undertaking slightly less than Low Income Cut-off (LICO) stipulated in Immigration Regulations, 1978 — Immigration Act, s. 77(3)(a) permitting sponsor to appeal refusal of sponsorship on compassionate, humanitarian grounds warranting grant of special relief — IAD finding sufficient compassionate, humanitarian grounds to warrant granting special relief — Finding sponsors' income exceeded LICO following application, likely to continue to do so — Followed IAD decision in *Jugpall v. Canada (MCI)*, holding positive, negative factors should be applied where obstacle to admissibility overcome — *Jugpall* principles within IAD jurisdiction — IAD noted applicants only immediate family respondent had relations with, applicants would be living with respondent, husband — IAD not lowering threshold to such extent as to abandon statutory requirement for compassionate, humanitarian considerations

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

à l'enquête du commissaire — À cause de circonstances exceptionnelles, la requête en annulation a été entendue par un juge autre que celui qui a accordé l'ordonnance *ex parte*.

Concurrence — Requête en annulation d'une ordonnance rendue *ex parte* en vertu de l'art. 11(1)(b) et c) de la Loi sur la concurrence, enjoignant de produire des documents et des renseignements — Enquête du commissaire de la concurrence sur le comportement du transporteur aérien concernant la pratique de prix d'éviction et l'abus de position dominante en contravention de la Loi sur la concurrence — Selon l'art. 11 de la Loi, le Tribunal doit être convaincu qu'une enquête a commencé, et qu'il est probable que la personne qui fait l'objet de l'ordonnance est en possession de documents pertinents à l'enquête — Les documents demandés étaient pertinents.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions ou saisies abusives — L'art. 11 de la Loi sur la concurrence porterait atteinte à l'art. 8 de la Charte — Documents requis pour les fins d'une enquête uniquement, non pas pour les fins d'une poursuite — Ils ne tombent pas dans la catégorie de la divulgation incriminante — La production n'est pas une contrainte de la nature d'un travail forcé — Les documents sont maintenant conservés sous forme électronique — Empêcher la divulgation des documents au motif qu'ils n'existaient pas précédemment en format papier pourrait empêcher le commissaire de remplir sa fonction d'enquête prévue à la Loi — L'art. 11(1)(c) de la Loi n'est pas inconstitutionnel.

### **Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Dang (1<sup>re</sup> inst.) ..... 321**

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Résidents permanents — Raisons d'ordre humanitaire — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la SAI avait accueilli l'appel du refus de l'agent des visas de faire droit à la demande visant au parrainage de membres de la famille de la défenderesse pour qu'ils immigrerent au Canada parce que le revenu global de la défenderesse et de son mari, pour les 12 mois précédant la date de l'engagement relatif au parrainage, était légèrement inférieur au seuil de faible revenu (SFR) énoncé dans le Règlement sur l'immigration de 1978 — L'art. 77(3)(a) de la Loi sur l'immigration permet au répondant d'interjeter appel contre le refus de parrainage en invoquant des raisons d'ordre humanitaire justifiant l'octroi d'une mesure spéciale — La SAI avait conclu à l'existence de raisons d'ordre humanitaire suffisantes justifiant l'octroi d'une mesure spéciale — Elle avait conclu qu'après la présentation de la demande, le revenu des répondants avait dépassé le SFR et qu'il continuerait probablement à le dépasser — La SAI a suivi la décision rendue dans *Jugpall c. Canada (MCI)*, à savoir qu'il faut tenir compte des facteurs favorables et des facteurs défavorables dans les cas où l'obstacle à l'admissibilité a été

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

warranting granting special relief — IAD, not Court, sets threshold — Question certified: whether IAD exceeding jurisdiction set out in s. 77(3) by following *Jugpall*.

Administrative law — Judicial review — *Certiorari* — Judicial review of IAD's decision allowing appeal from visa officer's refusal of application to sponsor relatives for immigration to Canada because respondent's, husband's combined income for 12 months prior to sponsorship undertaking \$1500 less than Low Income Cut-off stipulated in Immigration Regulations, 1978, s. 5(2)(f), Sch. IV — Respondent acknowledging at hearing visa officer's income calculation correct — IAD holding visa officer erred in calculation of income (legal ground); compassionate and humanitarian grounds warranting special relief (equitable ground) — Once informed respondent not disputing income calculation, IAD obliged to advise Minister of decision to inquire into adequacy of that decision — Fundamental element of common law duty of fairness that participant at hearing must have sufficient knowledge of what at issue to afford opportunity to respond in meaningful way — Minister's representative not addressing issue of calculations as result of failure to advise that propriety of visa officer's calculations at issue — Portion of decision allowing appeal on legal ground invalid — But decision on equitable ground not affected by breach of duty of fairness as sufficiently separate from decision on legal ground.

### **Fast v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (T.D.)** ..... 257

Administrative law — Statutory appeals — Motion to strike application for judicial review of notice of proposed citizenship revocation on ground applicant admitted to Canada or obtained citizenship by false representations, fraud, knowingly concealed material circumstances — Federal Court Act, s. 18.5 excluding from judicial review cases where “appeal as such” provided by Parliament in another

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

surmonté — Les principes énoncés dans *Jugpall* relevaient de la compétence de la SAI — La SAI a noté que les requérants étaient les seuls membres de la famille immédiate avec qui la défenderesse entretenait des relations et qu'ils devaient habiter avec la défenderesse et son mari — La SAI n'a pas abaissé l'exigence préliminaire au point d'abandonner la condition légale selon laquelle il doit exister des raisons d'ordre humanitaire justifiant l'octroi d'une mesure spéciale — C'est à la SAI plutôt qu'à la Cour qu'il appartient d'établir quelle est l'exigence préliminaire — Question certifiée: la SAI excède-t-elle la compétence conférée à l'art. 77(3) en suivant la décision *Jugpall*?

Droit administratif — Contrôle judiciaire — *Certiorari* — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la SAI avait accueilli l'appel du refus de l'agent des visas de faire droit à la demande visant au parrainage de membres de la famille de la défenderesse pour qu'ils immigrerent au Canada parce que le revenu global de la défenderesse et de son mari, pour les 12 mois précédant la date de l'engagement relatif au parrainage, était inférieur de 1 500 \$ au seuil de faible revenu (SFR) énoncé à l'art. 5(2)f) et à l'ann. IV du Règlement sur l'immigration de 1978 — La défenderesse a reconnu, à l'audience, que le calcul du revenu effectué par l'agent des visas était exact — La SAI a conclu que l'agent des visas avait commis une erreur dans le calcul du revenu (motif d'ordre juridique) et qu'il existait des raisons d'ordre humanitaire justifiant l'octroi d'une mesure spéciale (motif fondé en *equity*) — Une fois que la défenderesse eut informé la SAI qu'elle ne remettait pas en question le calcul du revenu, la SAI était tenue d'informer le ministre qu'elle avait décidé d'examiner le bien-fondé de cette décision — Un élément fondamental de l'obligation d'équité existant en common law veut qu'une personne qui participe à une audience ait une connaissance suffisante de ce qui est en litige de façon à avoir la possibilité de répondre d'une façon valable — Par suite de l'omission de faire savoir que le bien-fondé des calculs de l'agent des visas était en litige, le représentant du ministre n'a pas examiné la question des calculs — La partie de la décision par laquelle la SAI a accueilli l'appel pour un motif d'ordre juridique est invalide — Cependant, la décision qui était fondée sur un motif d'*equity* était suffisamment distincte de la décision fondée sur des motifs d'ordre juridique pour ne pas être viciée par suite de la violation de l'obligation d'équité.

### **Fast c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1<sup>re</sup> inst.)** ..... 257

Droit administratif — Appels prévus par la loi — Requête en radiation de la demande de contrôle judiciaire de l'avis de révocation envisagée de la citoyenneté au motif que le demandeur a été admis au Canada ou a acquis la citoyenneté par fraude ou au moyen d'une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels — L'art. 18.5 de la Loi sur la Cour fédérale exclut toute demande de

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

manner — Citizenship Act, s. 18(1)(b) providing for reference to Court for declaration Canadian citizenship obtained by false representation, fraud, knowingly concealing material circumstances — Reference trial to determine, as matter of fact, whether citizenship obtained in manner proscribed by Parliament — Judge must make numerous procedural rulings as well as findings of law during trial, conducted as action under Federal Court Rules, 1998, Part 4 — Adopting principles established in *Canada Post Corp. v. Canada (Minister of Public Works)* for what review process constituting appeal for s. 18.5 purposes, s. 18(1)(b) reference process, coupled with Rules, Part 4, providing vehicle whereby soundness of notice of revocation tested — Parliament intended all matters integrally connected be decided within reference framework.

Federal Court Jurisdiction — Trial Division — Minister issuing notice of proposed citizenship revocation — Application for judicial review — Minister moving to have application struck — Federal Court Act, s. 18.5 excluding from judicial review cases where “appeal as such” otherwise provided for by Parliament — Meaning of phrase “an appeal as such” — Citizenship Act, s. 18(1)(b) providing for reference to Court to decide whether citizenship obtained by false representation, concealing material circumstances — If Court finds statutory requirement not met that is bar to citizenship revocation, deportation — Reference process mandated by s. 18(1)(b) providing procedure for testing soundness of revocation notice — Parliament’s intention that such matters be decided within reference framework — Judicial review application struck as could not possibly succeed.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Citizens — Citizenship Act, s. 18(1)(b) providing for reference to Court to determine whether citizenship obtained by false representation, fraud, knowingly concealing material circumstances — Application for judicial review of notice of proposed revocation of citizenship on ground obtained by false representations, fraud, knowingly concealing material circumstances — Federal Court Act, s. 18.5 excluding from judicial review cases where “appeal as such” provided by Parliament in another manner — Judicial review application struck — S. 18(1)(b) reference process, Federal Court Rules, 1998, Part 4, providing vehicle whereby soundness of

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

contrôle judiciaire dans les cas où le législateur a prévu un autre droit d’«appel» — L’art. 18(1)(b) de la Loi sur la citoyenneté prévoit un renvoi à la Cour afin qu’elle déclare que la citoyenneté canadienne a été obtenue par fraude et au moyen d’une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels — Le renvoi constitue une instruction visant à trancher la question de fait qui consiste à savoir si une personne a acquis sa citoyenneté par des moyens interdits par le législateur — Au cours de l’instruction, qui se déroule comme une action régie par la partie 4 des Règles de la Cour fédérale (1998), le juge doit rendre de nombreuses décisions relatives à la procédure, ainsi que tirer des conclusions de droit — Selon les principes établis dans *Société canadienne des postes c. Canada (Ministre des Travaux publics)* pour trancher la question de savoir quel processus de révision constitue un appel aux fins de l’application de l’art. 18.5, le renvoi prévu par l’art. 18(1)(b), combiné à la partie 4 des Règles, offre un mécanisme permettant de vérifier le bien-fondé de l’avis de révocation — Selon l’intention du législateur, toutes les questions liées intégralement au processus de renvoi doivent être tranchées dans le cadre du renvoi.

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Délivrance par le ministre d’un avis de révocation envisagée de la citoyenneté — Demande de contrôle judiciaire — Requête du ministre en vue d’obtenir la radiation de la demande — L’art. 18.5 de la Loi sur la Cour fédérale exclut toute demande de contrôle judiciaire dans les cas où le législateur a prévu un autre droit d’«appel» — Signification du mot «appel» — L’art. 18(1)(b) de la Loi sur la citoyenneté prévoit le renvoi de l’affaire à la Cour afin qu’elle détermine si la citoyenneté a été acquise par fraude ou au moyen d’une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels — Si la Cour conclut que l’exigence fixée par la loi n’a pas été respectée, cette conclusion empêche la révocation de la citoyenneté et l’expulsion — Le processus de renvoi prévu par l’art. 18(1)(b) offre un mécanisme permettant d’examiner le bien-fondé de l’avis de révocation — Selon l’intention du législateur, ces questions doivent être tranchées dans le cadre du renvoi — La demande de contrôle judiciaire a été radiée parce qu’elle n’avait aucune chance d’être accueillie.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Citoyens — L’art. 18(1)(b) de la Loi sur la citoyenneté prévoit un renvoi à la Cour afin qu’elle détermine si la citoyenneté a été acquise par fraude ou au moyen d’une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels — Demande de contrôle judiciaire de l’avis de révocation envisagée de la citoyenneté au motif qu’elle a été acquise par fraude ou au moyen d’une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels — L’art. 18.5 de la Loi sur la Cour fédérale exclut toute demande de contrôle judiciaire dans les cas où le législateur a prévu un autre droit d’«appel» — La demande de contrôle judiciaire

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

revocation notice can be tested — Parliament intended all matters integrally connected be decided within reference framework.

Practice — Pleadings — Motion to strike — Application for judicial review of notice of proposed revocation of citizenship on ground applicant admitted to Canada for permanent residence or obtained citizenship by false representations, fraud, or knowingly concealing material circumstances — Citizenship Act, s. 18(1)(b) providing for reference of such cases to Court — Federal Court Act, s. 18.5 excluding from judicial review cases where “appeal as such” provided by Parliament in another manner — Court may strike judicial review application so clearly improper as to be bereft of any possibility of success — Motion allowed — Minister not establishing no possibility of success on grounds no justiciable issue because notice not affecting applicant’s rights, no exercise of statutory power, arguments representations on application to immigrate extraneous to subsequent acquisition of citizenship, failure to divulge wartime activities extraneous consideration because not grounds to reject applicant for immigration at relevant time — But judicial review precluded by Federal Court Act, s. 18.5 — S. 18(1)(b) reference process, Federal Court Rules, 1998, Part 4, providing vehicle whereby soundness of revocation notice tested.

Construction of statutes — Federal Court Act, s. 18.5 excluding from judicial review cases where “appeal as such” provided by Parliament in another manner — Citizenship Act, s. 18(1)(b) providing for reference to Court for declaration Canadian citizenship obtained by false representation, fraud, knowingly concealing material circumstances — Whether process appeal for s. 18.5 purposes question of substance, not form — Word “appeal” not term of art — S. 18(1)(b) reference “appeal as such” — Application for judicial review of notice of revocation of citizenship struck.

### **Fédération Franco-Ténoise v. Canada (T.D.) . . . . . 241**

Federal Court jurisdiction — Trial Division — Motion to strike statement of claim seeking declarations defendants failed to meet obligations to protect linguistic minorities in N.W.T. as mandated by Charter, federal, Northwest Territo-

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

a été radiée — Le processus de renvoi prévu par l’art. 18(1)(b) et la partie 4 des Règles de la Cour fédérale (1998) offrent un mécanisme permettant de vérifier le bien-fondé de l’avis de révocation — Selon l’intention du législateur, toutes les questions liées intégralement au processus de renvoi doivent être tranchées dans le cadre du renvoi.

Pratique — Actes de procédure — Requête en radiation — Demande de contrôle judiciaire de l’avis de révocation envisagée de la citoyenneté au motif que le demandeur a été admis au Canada à titre de résident permanent et a acquis la citoyenneté par fraude ou au moyen d’une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels — L’art. 18(1)(b) de la Loi sur la citoyenneté prévoit le renvoi de ces affaires à la Cour — L’art. 18.5 de la Loi sur la Cour fédérale exclut toute demande de contrôle judiciaire dans les cas où le législateur a prévu un autre droit d’«appel» — La Cour peut radier une demande de contrôle judiciaire manifestement irrégulière au point de n’avoir aucune chance d’être accueillie — Requête accueillie — Le ministre n’a pas démontré que la demande n’avait aucune chance d’être accueillie en raison de l’absence d’une question relevant de la compétence des tribunaux parce que l’avis ne touchait pas les droits du demandeur, ni en raison de l’absence d’exercice d’un pouvoir prévu par une loi, arguments selon lesquels les déclarations faites au moment de la demande d’immigration n’ont rien à voir avec l’acquisition subséquente de la citoyenneté, le défaut de divulguer les activités en temps de guerre est un facteur étranger parce qu’il ne constituait pas un motif permettant de refouler le demandeur à l’époque — Mais la demande de contrôle judiciaire est interdite par l’art. 18.5 de la Loi sur la Cour fédérale — Le processus de renvoi prévu par l’art. 18(1)(b) et la partie 4 des Règles de la Cour fédérale (1998) offrent un mécanisme permettant de vérifier le bien-fondé de l’avis de révocation.

Interprétation des lois — L’art. 18.5 de la Loi sur la Cour fédérale exclut toute demande de contrôle judiciaire dans les cas où le législateur a prévu un autre droit d’«appel» — L’art. 18(1)(b) de la Loi sur la citoyenneté prévoit un renvoi à la Cour afin qu’elle déclare que la citoyenneté canadienne a été acquise par fraude ou au moyen d’une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels — La question de savoir si un processus constitue un appel aux fins de l’art. 18.5 tient au fond et non à la forme du processus — Le mot «appel» n’est par un terme technique — Le renvoi prévu par l’art. 18(1)(b) constitue un «appel» — La demande de contrôle judiciaire de l’avis de révocation envisagée de la citoyenneté a été radiée.

### **Fédération Franco-Ténoise c. Canada (1<sup>re</sup> inst.) . . . 241**

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Requête en radiation de la déclaration réclamant des déclarations selon lesquelles les défendeurs n’ont pas respecté leurs obligations de protection des minorités

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

ries' Official Languages Acts on ground Federal Court lacking jurisdiction — Motion dismissed — First requirement of test for jurisdiction set out in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.* met — Statutory grant of jurisdiction over Queen by federal Parliament found in Federal Court Act, s. 17(1), conferring concurrent original jurisdiction on F.C.T.D. in all cases where relief claimed against Crown — S. 17 also satisfying statutory grant of jurisdiction over Commissioner of N.W.T., Governor in Council appointee to administer government of N.W.T., and Languages Commissioner, part of federal Crown under N.W.T. Official Languages Act, ss. 18, 19 — Speaker of Legislative Assembly of N.W.T., part of federal Crown as elected pursuant to Legislative Assembly and Executive Council Act, s. 39, and pursuant to s. 47(4) may sue, be sued in civil actions on behalf of Legislative Assembly — Second requirement of existing body of federal law essential to disposition of case and nourishing statutory grant of jurisdiction met as action based on Charter, Official Languages Act — Also directly linked to laws enacted by N.W.T. dealing with official languages — Such ordinances neither provincial nor federal statutes, but could be federal laws — Third requirement, that law on which case based “law of Canada” within Constitution Act, 1867, s. 101, met — Exclusion of N.W.T. by Parliament from ambit of Official Languages Act subject of dispute — Northwest Territories Act federal statute from which legislative powers of N.W.T. Commissioner flowing.

Official Languages — Motion to strike, for want of jurisdiction, action for declarations obligation to ensure equality for linguistic minorities in N.W.T. not met — Federal Official Languages Act not extending to N.W.T. — Canada having agreed to pay for French services there — N.W.T. Official Languages Act not a “law of Canada” within Constitution Act, 1867, s. 101 but can be “federal law” — F.C.T.D. has jurisdiction to entertain claim against Languages Commissioner, appointed by Commissioner of N.W.T., as part of federal Crown within Federal Court Act, s. 17(1).

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

linguistiques des T.N.-O. imposées par la Charte, les Lois sur les langues officielles du gouvernement fédéral et des Territoires du Nord-Ouest au motif que la Cour fédérale n'a pas compétence — Requête rejetée — La première condition du critère de compétence établi dans *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre* est remplie — L'attribution légale de compétence en ce qui concerne la Reine par le Parlement fédéral se trouve à l'art. 17(1) de la Loi sur la Cour fédérale, qui confère à la Section de première instance de la Cour fédérale compétence concurrente, en première instance, dans les cas de demande de réparation contre la Couronne — L'art. 17 est également la disposition attributive de compétence en ce qui concerne le Commissaire des T.N.-O., nommé par le gouverneur en conseil pour exercer le gouvernement des T.N.-O., et le commissaire aux langues officielles, qui fait partie de la Couronne fédérale en vertu des art. 18 et 19 de la Loi sur les langues officielles des T.N.-O. — Le président de l'Assemblée législative des T.N.-O. fait partie de la Couronne fédérale puisqu'il est nommé conformément à l'art. 39 de la Loi sur l'Assemblée législative et le Conseil exécutif et, aux termes de l'art. 47(4), il représente l'Assemblée législative pour fins d'actions civiles — La deuxième condition, concernant l'existence d'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, est remplie, étant donné que l'action est fondée sur la Charte et la Loi sur les langues officielles — Cette affaire est aussi directement reliée aux règles de droit édictées par les T.N.-O. qui ont trait aux langues officielles — Ces ordonnances ne sont ni des lois provinciales ni des lois fédérales, mais elles pourraient être des règles de droit fédérales — La troisième condition, savoir que la loi invoquée doit être une «loi du Canada» au sens de l'art. 101 de la Loi constitutionnelle de 1867, est remplie — C'est l'exclusion, par le Parlement, des T.N.-O. du champ d'application de la Loi sur les langues officielles qui est en cause — La Loi sur les Territoires du Nord-Ouest est une loi fédérale de laquelle découlent les pouvoirs législatifs du commissaire des T.N.-O.

Langues officielles — Requête en radiation, pour absence de compétence, de l'action dans laquelle on réclame des déclarations selon lesquelles l'obligation d'assurer l'égalité aux minorités linguistiques des T.N.-O. n'a pas été remplie — La Loi fédérale sur les langues officielles ne s'applique pas aux T.N.-O. — Le Canada a accepté de payer pour la prestation de services en français dans les Territoires — La Loi sur les langues officielles des T.N.-O. n'est pas une «loi du Canada» au sens de l'art. 101 de la Loi constitutionnelle de 1867, mais elle pourrait être une «règle de droit fédérale» — La Section de première instance de la Cour fédérale a compétence pour entendre la réclamation contre le commissaire aux langues, nommé par le commissaire des T.N.-O., étant donné que celui-ci fait partie de la Couronne fédérale au sens de l'art. 17(1) de la Loi sur la Cour fédérale.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Practice — Parties — Motion to strike Attorney General as party to action for declarations defendants failed to meet obligations to ensure equality for linguistic minorities in N.W.T. as mandated by Charter, federal, Northwest Territories' Official Languages Acts — Under Federal Court Act, s. 48, schedule thereto, proceeding against Crown must be brought against Queen in right of Canada — As no allegation against Attorney General, removed as party pursuant to discretion under Federal Court Rules, 1998, r. 104.

Practice — Affidavits — Motion to strike portions of affidavit on ground hearsay, largely historical information — Motion dismissed because case involving constitutional issues, affidavit relatively reliable, necessary.

### **Governor and Company of the Bank of Scotland v. Nel (The) (T.D.) ..... 408**

Maritime law — Liens and mortgages — Vessel arrested as mortgage in default — Court ordering sale *pendente lite* — Determination of order of priorities concerning mortgagee's claim — Costs of sale taking first priority — Mortgage security, in form of account current mortgage, securing all unrecovered amounts owing to Bank — Bank acted to keep fleet operating to maintain going concern value, bring in return — No direct evidence of intent to grant preference — Mortgagee buying one of ships of mortgaged fleet, selling to Bank customer at substantial profit — Mortgagee not entitled to buy vessel at court ordered sale unless granted permission by Court — Onus on mortgagee to act fairly, in good faith without placing itself in conflict of interest situation — Mortgagee not overall trustee on ship sale under mortgage, trustee for surplus realized on sale — Constructive trust appropriate tool to prevent unjust enrichment — Sum of \$1,655,249.40 deemed to have been received by Bank as unjust enrichment.

Maritime law — Creditors and debtors — Plaintiff claiming priority as mortgagee on court ordered sale of ship — Relying on doctrine of merger into judgment — Remedy, not cause of action, merging with judgment, leaving debt to survive — Bank obtaining judgment on debt, also holding mortgage giving rise to claim against *res* — Usual ranking

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

Pratique — Parties — Requête en radiation de la procureure générale des actes de procédure de l'action réclamant des déclarations selon lesquelles les défendeurs n'ont pas respecté leurs obligations de protection des minorités linguistiques des T.N.-O. imposées par la Charte, la Loi fédérale sur les langues officielles et la Loi sur les langues officielles des T.N.-O — En vertu de l'art. 48 de la Loi sur la Cour fédérale et de l'annexe correspondante, les poursuites contre la Couronne doivent être intentées contre Sa Majesté la Reine du chef du Canada — Comme il n'y a pas d'allégation contre la procureure générale, le nom de cette dernière est radié des actes de procédure, conformément au pouvoir discrétionnaire conféré par la règle 104 des Règles de la Cour fédérale (1998).

Pratique — Affidavits — Requête en radiation de certaines parties d'un affidavit au motif qu'il est constitué en grande partie de oui-dire et de détails historiques — La requête est rejetée compte tenu qu'il s'agit d'une question constitutionnelle et compte tenu de la relative fiabilité et nécessité de l'affidavit.

### **Governor and Company of the Bank of Scotland c. Nel (Le) (1<sup>re</sup> inst.) ..... 408**

Droit maritime — Privilèges et hypothèques — Navire saisi par suite du non-paiement de l'hypothèque — La Cour avait ordonné la vente du navire pendant le procès — Détermination du rang de la réclamation du créancier hypothécaire — Les frais de vente occupent le premier rang — La garantie hypothécaire, sous la forme d'une hypothèque se rapportant au compte courant, garantissait tous les montants non recouvrés dus à la Banque — La Banque avait essayé de continuer à exploiter la flotte de façon qu'elle ait une valeur d'exploitation et qu'elle rapporte un revenu — Absence de preuve directe de l'intention d'attribuer un rang prioritaire — Le créancier hypothécaire avait acheté l'un des navires de la flotte grevée d'une hypothèque et l'avait revendu à un client de la Banque en faisant un profit élevé — Le créancier hypothécaire n'a le droit d'acheter un navire dans le cadre d'une vente judiciaire que si la Cour le permet — Il est tenu d'agir d'une façon juste et de bonne foi sans se mettre dans une situation de conflit d'intérêts — Il n'agit pas comme fiduciaire général lorsqu'un navire est vendu en vertu d'une hypothèque, mais comme fiduciaire à l'égard de l'excédent réalisé lors de la vente — La fiducie par interprétation est un outil approprié en vue d'empêcher l'enrichissement sans cause — La Banque est réputée avoir touché la somme de 1 655 249,40 \$ au titre de l'enrichissement sans cause.

Droit maritime — Créanciers et débiteurs — La demanderesse alléguait avoir priorité en sa qualité de créancière hypothécaire dans le cadre de la vente judiciaire d'un navire — Elle se fondait sur la doctrine de la fusion — C'est le recours qui fusionne avec le jugement plutôt que la cause d'action, de sorte que la créance continue à exister — La

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Continued)

of maritime priorities not to be departed from except in special circumstances, where necessary to prevent obvious injustice — Plaintiff ranking below maritime liens, above statutory rights *in rem* — Argument Bank wrongfully delayed in moving against *Nel*, related vessels based upon supposition, innuendo, assumption — Not special circumstances constituting obvious injustice justifying departure from usual priorities.

Practice — Judgments and orders — Default judgment — Plaintiff taking default judgment at early date — Whether claim, under mortgage on fleet of ships, ought to be capped at amount of 1997 default judgment on basis crystallized at that amount — Judgment *in rem* binding, invocable against any person — Efficacy of default judgment less than that of judgment on merits — Statement of claim both *in rem*, *in personam* — Issue effect of default judgment — When judgment given in action, cause of action merges in judgment, replaced by rights created by judgment — Bank entitled to claim \$14,124,420.50, less various deductions, plus payments made on account of crew wages, costs of sale.

Federal Court jurisdiction — Trial Division — Supplier of chemicals necessary for operation of vessel claiming maritime lien under Federal Court Act — Whether claim against nine sisterships also enforceable, as maritime liens, against ship sued *in rem* — Sistership procedure set out in Act, s. 43(8) — Jurisdiction over goods, services conferred by Act, s. 22(2) enforced as statutory right *in rem* under Act, s. 43(2) — Right ranking after maritime liens, mortgages — Supplier may enforce claims against vessels related to ship sued, against her, under sistership provision, as statutory rights *in rem*, not maritime lien — Claimants relying on statutory right *in rem* having priority below that of mortgagee.

**Markesteyn v. Canada (T.D.) ..... 345**

Crown — Torts — Action for damages and declarations as result of bank erosion behind dam due to Crown-controlled

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

Banque a obtenu un jugement à l'égard de sa créance et elle détenait également une hypothèque qui donnait naissance à une réclamation portant sur la chose — On ne devrait pas s'écarter de l'ordre habituel de priorité si ce n'est en raison de circonstances particulières, et lorsque cela est nécessaire pour empêcher une injustice flagrante — La Banque vient après les privilèges maritimes et avant les droits réels prévus par la loi — L'argument selon lequel la Banque a commis la faute de tarder à prendre des mesures contre le *Nel* et contre les autres navires est fondé sur des suppositions, des insinuations et des hypothèses — Il n'existe pas de circonstances spéciales donnant lieu à une injustice flagrante justifiant que l'on déroge à l'ordre habituel de priorité.

Pratique — Jugements et ordonnances — Jugement par défaut — La demanderesse a demandé un jugement par défaut prématurément — Il s'agissait de savoir si la réclamation de la Banque, en vertu de l'hypothèque qu'elle détenait sur la flotte de navires, devait être limitée au montant fixé dans le jugement par défaut rendu en 1997 pour le motif que la réclamation s'était cristallisée à ce montant — Le jugement portant sur la chose est obligatoire et vaut contre tous — Un jugement par défaut est moins efficace qu'un jugement au fond — La déclaration est à la fois de nature réelle et de nature personnelle — Il s'agissait de savoir quel était l'effet du jugement par défaut — Lorsqu'un jugement a été rendu dans une action, la cause d'action qui y a donné lieu fusionne avec le jugement et est remplacée par les droits créés par le jugement — La Banque avait le droit de réclamer 14 124 420,50 \$, déduction faite de certains montants, plus les paiements du salaire de l'équipage et des frais de vente.

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Un fournisseur de produits chimiques nécessaires aux fins du fonctionnement du navire a fait valoir un privilège maritime en vertu de la Loi sur la Cour fédérale — Il s'agissait de savoir si la revendication à l'égard de neuf navires frères s'appliquait également au navire visé par l'action réelle en tant que privilège maritime — La procédure relative aux navires frères est énoncée à l'art. 43(8) de la Loi — La compétence sur les marchandises et services conférée par l'art. 22(2) de la Loi est exercée dans le contexte d'un droit réel prévu par la loi en vertu de l'art. 43(2) de la Loi — Ce droit vient après les privilèges maritimes et les hypothèques — Le fournisseur peut faire valoir sur le navire visé par l'action ses créances contre des navires liés au navire en vertu de la disposition relative aux navires frères en tant que droits réels prévus par la loi, mais non en tant que privilèges maritimes — Les créanciers se sont fondés sur un droit réel prévu par la loi prenant rang après une hypothèque.

**Markesteyn c. Canada (1<sup>re</sup> inst.) ..... 345**

Couronne — Responsabilité délictuelle — Action visant à obtenir des dommages-intérêts et un jugement déclaratoire

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

fluctuation in water level — Allegations of nuisance, negligence and interference with riparian rights of land owner — Damages not recoverable for prospective loss — Negligence plea not struck as defendant had sufficient information to plead to statement of claim — Case in nuisance not futile — Pleading of infringement of riparian right of enjoyment of river in natural state appears proper — Declaratory relief not excluded though other relief available.

Damages — Limiting Principles — Certainty — Prospective injury — Action for damages and declarations as result of bank erosion behind dam due to Crown-controlled fluctuation in water level — Allegations of nuisance, negligence and interference with riparian rights of land owner — Continuing wrong — Damages not recoverable for prospective loss as many factors could cause destruction of plaintiff's foreshore to cease at some future time.

### **Société des alcools du Québec v. Canada (T.D.) ... 386**

Customs and Excise — Excise Tax Act — Plaintiff public undertaking engaged in marketing of alcoholic beverages in Quebec — Claiming rebate of federal sales tax on inventory held as of December 31, 1990 when old sales tax replaced by GST — Transitional provision authorizing rebate of old sales tax — Regulations adopted under regulatory power conferred by Excise Tax Act must comply with purpose of Act — Purpose of Act, s. 120(5) to avoid double taxation of same property — Not achieved in case of alcoholic beverages — Disproportion between sales tax previously paid at 19% rate, rebate rate set at 8.1% — Plaintiff not receiving rebate to which entitled — Rebate factor *ultra vires* regulatory power conferred by Act, s. 120(5).

Construction of statutes — Claim for rebate of federal sales tax on inventory of alcoholic beverages, other goods held by plaintiff — GST replacing old sales tax — Excise Tax Act, s. 120(5) providing for calculation of rebate according to "prescribed method" — Whether Federal Sales Tax Inventory Rebate Regulations *ultra vires* powers conferred by Act, s. 120(5) — Rules of statutory interpretation means of clarifying Parliament's intention, purpose of Act — Purpose

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

à la suite de l'érosion de la berge en amont d'un barrage en raison de la fluctuation du niveau de l'eau contrôlée par la Couronne — Allégations de nuisance, de négligence et d'atteinte aux droits de riverain d'un propriétaire foncier — Une perte à venir ne donne pas ouverture à l'octroi de dommages-intérêts — Le moyen fondé sur la négligence n'a pas été radié parce que la défenderesse possédait suffisamment d'information pour répondre à la déclaration — La cause d'action fondée sur la nuisance n'était pas futile — Le moyen d'atteinte au droit de riverain à la jouissance de la rivière à l'état naturel semblait convenable — Un jugement déclaratoire n'était pas exclu malgré les autres réparations possibles.

Dommages-intérêts — Facteurs limitatifs — Certitude — Préjudice à venir — Action visant à obtenir des dommages-intérêts et un jugement déclaratoire à la suite de l'érosion de la berge en amont d'un barrage en raison de la fluctuation du niveau de l'eau contrôlée par la Couronne — Allégations de nuisance, de négligence et d'atteinte aux droits de riverain d'un propriétaire foncier — Acte fautif continu — La perte à venir ne donnait pas ouverture à l'octroi de dommages-intérêts car de nombreux facteurs pouvaient interrompre la destruction de la grève de la demanderesse à l'avenir.

### **Société des alcools du Québec c. Canada (1<sup>re</sup> inst.) 386**

Douanes et accise — Loi sur la taxe d'accise — La demanderesse est une entreprise publique ayant comme fonction d'effectuer le commerce de boissons alcooliques au Québec — Elle demande le remboursement de la taxe de vente fédérale sur l'inventaire qu'elle détenait au 31 décembre 1990, lorsque l'ancienne taxe de vente a été remplacée par la TPS — Une disposition transitoire autorise le remboursement de l'ancienne taxe de vente — Les règlements adoptés en vertu du pouvoir réglementaire conféré par la Loi sur la taxe d'accise doivent respecter l'objet de la loi — L'objet de l'art. 120(5) de la Loi est d'éviter une double imposition des mêmes biens — Cet objet n'a pas été atteint dans le cas des boissons alcooliques — Il existe une disparité entre la taxe de vente antérieurement payée, au taux de 19 %, et le taux de remboursement fixé à 8,1 % — La demanderesse n'a pas obtenu le remboursement auquel elle avait droit — Le facteur de remboursement outrepassa le pouvoir de réglementation conféré par l'art. 120(5) de la Loi.

Interprétation des lois — Demande de remboursement de la taxe de vente fédérale sur l'inventaire de boissons alcooliques et autres marchandises détenues par la demanderesse — La TPS a remplacé l'ancienne taxe de vente — L'art. 120(5) de la Loi sur la taxe d'accise prévoit le calcul du remboursement en fonction d'une «méthode prescrite» — Le Règlement sur le remboursement de la taxe de vente fédérale à l'inventaire outrepassa-t-il les pouvoirs conférés

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

of s. 120(5) to avoid double taxation — Meaning of words “*rembursement*”, “*rebate*” examined — Parliament intending sum of money owed be rebated in entirety — Factors mentioned in Regulations, s. 3 destroying purpose of Act in plaintiff’s particular case.

### **Woodburn Estate v. National Capital Commission (T.D.) ..... 305**

Expropriation — National Capital Commission (NCC) abandoning purpose for which land expropriated (Greenbelt) — Declaring land surplus, obtaining rezoning and selling at huge profit — In absence of “colourable scheme”, no common law or statutory right in former owner to reacquire land — Whether or not expropriating authority acting within statutory authority irrelevant upon this motion — NCC granted summary judgment dismissing action but not costs in circumstances (profit realized, that farm land taken to prevent urban sprawl sold after rezoning for highway commercial).

## SOMMAIRE (Fin)

par l’art. 120(5) de la Loi ? — Les principes d’interprétation des lois nous permettent de cerner l’intention du législateur et l’objet de la Loi — L’objet de l’art. 120(5) est d’éviter une double imposition — Examen des termes «*rembursement*» et «*rebate*» — L’intention du législateur était d’obliger la remise intégrale d’une somme d’argent due — Les facteurs prévus à l’art. 3 du Règlement ont eu pour effet, dans le cas exclusif de la demanderesse, d’annihiler l’objet de la Loi.

### **Woodburn, succession c. Commission de la capitale nationale (1<sup>re</sup> inst.) ..... 305**

Expropriation — La Commission de la capitale nationale (la CCN) a abandonné les fins pour lesquelles le terrain a été exproprié (la Ceinture de verdure) — Elle a déclaré le terrain excédentaire, a obtenu son rezonage, l’a vendu et en a tiré un profit énorme — En l’absence de «stratagème déguisé», l’ancien propriétaire n’a aucun droit, qui découle de la common law ou de la loi, de racheter le terrain — La question de savoir si l’autorité expropriante agit ou non dans les limites de la compétence que lui confère la loi n’est pas pertinente dans le cadre de la présente requête — La requête en jugement sommaire dans laquelle la CCN sollicite le rejet de l’action est accueillie, mais, compte tenu des circonstances (le profit réalisé et le fait que la terre agricole expropriée pour prévenir l’étalement de la ville a été vendue après être devenue une zone commerciale routière), et n’a pas droit aux dépens.



## APPEALS NOTED

### FEDERAL COURT OF APPEAL

*Chiau v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 2 F.C. 642 (T.D.), has been affirmed on appeal (A-75-98). The reasons for judgment, handed down 12/12/00, will be reported in the *Federal Court Reports*.

### SUPREME COURT OF CANADA

#### *Applications for Leave to Appeal*

*Bell v. Canada*, [2000] 4 F.C. D-19 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 8/2/1.

*Édutile Inc. v. Automobile Protection Assn.*, [2000] 4 F.C. 195 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 25/1/1.

*Jaworski v. Canada (Attorney General)*, [2000] 4 F.C. D-27 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 25/1/1.

## APPELS NOTÉS

### COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Chiau c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 2 C.F. 642 (1<sup>re</sup> inst.), a été confirmée en appel (A-75-98). Les motifs du jugement, prononcés le 12-12-00, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour fédérale*.

### COUR SUPRÊME DU CANADA

#### *Demandes d'autorisation de pourvoi*

*Bell c. Canada*, [2000] 4 C.F. F-29 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 8-2-1.

*Édutile Inc. c. Assoc. pour la protection des automobiles*, [2000] 4 C.F. 195 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 25-1-1.

*Jaworski c. Canada (Procureur général)*, [2000] 4 C.F. F-21 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 25-1-1.



**Canada  
Federal Court  
Reports**

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

**2001, Vol. 1, Part 2**

**2001, Vol. 1, 2<sup>e</sup> fascicule**





T-1027-00

T-1027-00

**The Commissioner of Competition** (*Applicant/Respondent*)

**Le Commissaire de la concurrence** (*demandeur/intimé*)

v.

c.

**Air Canada, Robert Milton, Lise Fournel, M. Robert Peterson, Calin Rovinescu** (*Respondents/Petitioners*)

**Air Canada, Robert Milton, Lise Fournel, M. Robert Peterson, Calin Rovinescu** (*défendeurs/requérants*)

and

et

**853350 Alberta Ltd., Canadian Airlines Corporation, Canadian Airlines International Ltd., Canadian Regional Airlines (1998) Ltd.** (*Respondents*)

**853350 Alberta Ltd., Canadian Airlines Corporation, Lignes aériennes canadien international Ltée, Lignes aériennes canadien régional (1998) Ltée,** (*défendeurs*)

**INDEXED AS: CANADA (COMMISSIONER OF COMPETITION) v. AIR CANADA (T.D.)**

**RÉPERTORIÉ: CANADA (COMMISSAIRE DE LA CONCURRENCE) c. AIR CANADA (1<sup>re</sup> INST.)**

Trial Division, Reed J.—Ottawa, July 10 and 21, 2000.

Section de première instance, juge Reed—Ottawa, 10 et 21 juillet 2000.

*Practice — Judgments and orders — Reversal or variation — R. 399 motion to set aside ex parte order requiring air carrier to divulge records in inquiry into predatory pricing, abuse of dominant position, contrary to Competition Act — R. 399 applicable to ex parte orders under Competition Act, s. 11 — Order, to be set aside, must be based on misleading, incomplete, incorrect facts — To be upheld, order must relate to production of information, documents for purpose of inquiry, not prosecution of criminal offence — Documents sought, questions asked relevant to Commissioner's inquiry — Motion to set aside heard by different judge from one granting ex parte order due to exceptional circumstances.*

*Pratique — Jugements et ordonnances — Annulation ou modification — Requête présentée en vertu de la règle 399 pour faire annuler l'ordonnance rendue ex parte qui requiert le transporteur aérien de produire des documents dans le cadre d'une enquête portant sur la pratique de prix d'éviction et d'abus de position dominante en contravention de la Loi sur la concurrence — La règle 399 s'applique aux ordonnances rendues ex parte en vertu de l'art. 11 de la Loi sur la concurrence — Pour annuler cette ordonnance, il faut établir qu'elle est fondée sur des faits de nature à induire en erreur, incomplets ou incorrects — Pour que l'ordonnance soit maintenue, elle doit être liée à la production de renseignements et de documents pour les fins d'une enquête, et non pas pour les fins d'une poursuite criminelle — Les documents demandés et les questions posées sont pertinentes à l'enquête du commissaire — À cause de circonstances exceptionnelles, la requête en annulation a été entendue par un juge autre que celui qui a accordé l'ordonnance ex parte.*

*Competition — Motion to set aside ex parte order to produce records, information issued under Competition Act, s. 11(1)(b), (c) — Commissioner of Competition inquiring into air carrier's conduct related to predatory pricing, abuse of dominant position contrary to Competition Act — Under Act, s. 11, Court must be satisfied inquiry commenced, person subject to order likely to have information relevant to inquiry — Material sought relevant.*

*Concurrence — Requête en annulation d'une ordonnance rendue ex parte en vertu de l'art. 11(1)(b) et c) de la Loi sur la concurrence, enjoignant de produire des documents et des renseignements — Enquête du commissaire de la concurrence sur le comportement du transporteur aérien concernant la pratique de prix d'éviction et l'abus de position dominante en contravention de la Loi sur la concurrence — Selon l'art. 11 de la Loi, le Tribunal doit être convaincu qu'une enquête a commencé, et qu'il est probable que la personne qui fait l'objet de l'ordonnance est en possession*

*Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search or seizure — Competition Act, s. 11 said to infringe Charter, s. 8 — Information required to be produced for purposes of inquiry only, not prosecution — Not falling within category of self-incriminating disclosure — Production not compulsion in nature of forced labour — Information now being kept in electronic form — To protect information from disclosure as not previously in documentary form could prevent Commissioner from discharging statutory duty of inquiry — Act, s. 11(1)(c) not unconstitutional.*

This was a motion under rule 399 to have an *ex parte* order of Tremblay-Lamer J. set aside or varied. That order required Air Canada to divulge certain records in the context of an inquiry into predatory pricing and abuse of dominant position, contrary to paragraph 50(1)(c) and section 79 of the *Competition Act*. It was argued on behalf of Air Canada that the Commissioner of Competition had put forward insufficient evidence to constitute reasonable grounds for believing that the carrier was guilty of predatory pricing or had abused its dominant position. Counsel for Air Canada also submitted that the material put before Tremblay-Lamer J. did not disclose evidence of a policy or practice of anti-competitive acts and that the matching of a competitor's price is not abusive conduct. Two issues were raised on this motion: (1) whether the circumstances were appropriate to justify the varying or rescinding of the *ex parte* order, and (2) whether section 11 of the *Competition Act* is unconstitutional because it allows unreasonable search and seizure contrary to section 8 of the Charter.

*Held*, the motion should be dismissed.

(1) Rule 399 applies to orders issued under section 11 of the *Competition Act*, and when such orders are obtained from the Federal Court, they are governed by the *Federal Court Rules, 1998*. An order of the Court, even an *ex parte* order, should not be lightly set aside. What must be proven is that the order that was granted was based on misleading, incomplete or incorrect facts. If it can be demonstrated that the documents or information are irrelevant to the inquiry, the portions of the order that require their production can be vacated. Moreover, if there are considerations of unconstitutionality or other illegality that have not been brought to the attention of the issuing judge, these can be raised in a rule 399 motion when the order in question is an *ex parte* one. When assessing whether a variation or setting aside of a section 11 order is justified, it is essential, for the order to

*de documents pertinents à l'enquête — Les documents demandés étaient pertinents.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions ou saisies abusives — L'art. 11 de la Loi sur la concurrence porterait atteinte à l'art. 8 de la Charte — Documents requis pour les fins d'une enquête uniquement, non pas pour les fins d'une poursuite — Ils ne tombent pas dans la catégorie de la divulgation incriminante — La production n'est pas une contrainte de la nature d'un travail forcé — Les documents sont maintenant conservés sous forme électronique — Empêcher la divulgation des documents au motif qu'ils n'existaient pas précédemment en format papier pourrait empêcher le commissaire de remplir sa fonction d'enquête prévue à la Loi — L'art. 11(1)c) de la Loi n'est pas inconstitutionnel.*

Il s'agissait d'une requête présentée en vertu de la règle 399 pour faire modifier ou annuler une ordonnance rendue *ex parte* par le juge Tremblay-Lamer. L'ordonnance requerrait Air Canada de produire certains documents dans le cadre d'une enquête de pratique de prix d'éviction et d'abus de position dominante en contravention de l'alinéa 50(1)c) et de l'article 79 de la *Loi sur la concurrence*. Air Canada a soutenu que la preuve soumise par le commissaire de la concurrence n'était pas suffisante pour conclure qu'à des motifs raisonnables de croire que le transporteur avait commis une infraction consistant à pratiquer des prix d'éviction ou avait eu un comportement qui constitue un abus de position dominante. L'avocat d'Air Canada a également prétendu que les documents produits devant le juge Tremblay-Lamer n'ont pas établi l'existence d'une politique ou d'une pratique ayant pour effet de diminuer la concurrence et que l'appariement de tarifs avec ceux d'un concurrent n'est pas un comportement abusif. La requête soulevait deux questions: 1) les circonstances justifiaient-elles de modifier ou d'annuler une ordonnance *ex parte* et 2) l'article 11 de la *Loi sur la concurrence* est-il inconstitutionnel du fait qu'il permet une perquisition ou une saisie abusive en violation de l'article 8 de la Charte.

*Jugement*: la requête est rejetée.

1) La règle 399 s'applique aux ordonnances rendues en vertu de l'article 11 de la *Loi sur la concurrence* et lorsque de telles ordonnances émanent de la Cour fédérale, elles sont soumises aux *Règles de la Cour fédérale (1998)*. Une ordonnance de la Cour, même une ordonnance rendue *ex parte*, ne doit pas être annulée à la légère. Il faut établir que l'ordonnance a été rendue sur le fondement de faits de nature à induire en erreur, incomplets ou incorrects. S'il peut être établi que les documents ou les renseignements ne sont pas pertinents à l'enquête, la partie de l'ordonnance qui requiert leur production peut être annulée. De plus, s'il existe des considérations d'inconstitutionnalité ou liées à d'autres illégalités qui n'ont pas été soulevées devant le juge qui a rendu l'ordonnance, celles-ci peuvent être soulevées dans le cadre d'une requête présentée en application de la

be upheld, that it relate to the production of information and documents for the purpose of an inquiry, not for the prosecution of a criminal offence. Under section 11 of the *Competition Act*, the Court must satisfy itself that an inquiry has been commenced and that the person against whom the order is made is likely to have information relevant to the inquiry. Air Canada has not demonstrated that Tremblay-Lamer J. granted the order on the basis of information that was incomplete, misleading or incorrect. Neither has it shown that the documents that were sought and the questions that were asked were irrelevant to the Commissioner's inquiry.

(2) It was argued that section 11 of the Act is unconstitutional on the ground that it allows unreasonable search and seizure contrary to section 8 of the Charter. Section 11, which provides that a judge may, not shall, issue an order, confers a residual discretion upon the judge. It does not authorize the issuing of an order to produce information if the Commissioner were acting on a whim. A court may not grant a section 11 order on the basis of a bald assertion by the Commissioner that an inquiry has been commenced. It must be satisfied that the person against whom the order is sought is likely to have relevant information, and it may refuse to grant an order if there is insufficient evidence to support a conclusion that a *bona fide* inquiry has been commenced. Air Canada's argument, that the requirement to make a written return under oath as to the information produced amounted to compulsion in the nature of forced labour, did not prevail. In assessing whether oral testimony and documents could be compelled, it is relevant to consider whether the predominant purpose for seeking the evidence was to obtain incriminating evidence against the person who was being compelled to testify, or whether it was to serve some legitimate public purpose. The information that Air Canada was being required to produce was for the purpose of an inquiry only, not for the purpose of a prosecution; it does not fall within the category of a self-incriminating disclosure. Such information is to be produced as an answer to written interrogatories, rather than orally through the discovery of various employees and officers of Air Canada. Production of the information in a "new" documentary form results from the fact that the information is now kept in electronic form. To protect that information from disclosure because it was not in documentary form, could prevent the Commissioner from discharging his statutory duty of inquiry.

A motion to vary or set aside an order should be brought before the judge who issued that order. However, there

règle 399 lorsque l'ordonnance en question a été rendue *ex parte*. Pour déterminer si la modification ou l'annulation d'une ordonnance rendue en vertu de l'article 11 est justifiée, il est essentiel, pour que l'ordonnance soit maintenue, qu'elle porte sur la production de renseignements et de documents pour les fins d'une enquête et non d'une poursuite criminelle. Selon l'article 11 de la *Loi sur la concurrence*, le tribunal doit être convaincu qu'une enquête a débuté et que la personne qui fait l'objet de l'ordonnance a vraisemblablement en sa possession des renseignements pertinents à l'enquête. Air Canada n'a pas établi que le juge Tremblay-Lamer a rendu une ordonnance sur la foi de renseignements incomplets, trompeurs ou erronés. Tout comme elle n'a pas établi que les documents demandés et les questions posées n'étaient pas pertinents à l'enquête du commissaire.

2) Selon l'argument avancé, l'article 11 de la Loi est inconstitutionnel parce qu'il permet des perquisitions et des saisies abusives, en violation de l'article 8 de la Charte. L'article 11, qui prévoit qu'un juge peut, et non pas doit, rendre une ordonnance, lui confère un pouvoir discrétionnaire résiduel. Il ne permet pas de rendre une ordonnance obligeant à produire des renseignements si le commissaire agissait par caprice. Un tribunal ne peut rendre une ordonnance en application de l'article 11 en se fondant sur la simple affirmation du commissaire qu'une enquête a été commencée. Il doit être convaincu que la personne visée par l'ordonnance est vraisemblablement en possession de renseignements pertinents, et il peut refuser de rendre une ordonnance lorsque la preuve ne permet pas de conclure qu'une enquête a été entreprise de bonne foi. L'argument d'Air Canada voulant que l'obligation de préparer une déclaration écrite sous serment énonçant les renseignements produits est une contrainte de la nature du travail forcée n'a pas été accepté. Pour déterminer si l'on peut contraindre une personne à témoigner ou à produire des documents, il faut considérer si le but principal de cette recherche d'éléments de preuve était d'obtenir des éléments de preuve incriminant la personne contrainte à témoigner ou s'il était de réaliser une fin publique légitime. Les renseignements qu'Air Canada était tenue de produire ne servaient que pour les fins d'une enquête et non pour une poursuite pénale; ils ne constituent pas une divulgation auto-incriminante. Ces renseignements doivent être produits en réponse à des interrogatoires écrits plutôt que dans le cadre de l'interrogatoire préalable d'employés et de dirigeants d'Air Canada. La production des renseignements sous une «nouvelle» forme documentaire résulte du fait que les renseignements sont maintenant conservés sous forme électronique. Interdire la divulgation de ces renseignements au motif qu'ils n'existaient pas auparavant sous forme documentaire, pourrait effectivement empêcher le commissaire de remplir son obligation légale d'enquêter.

Une requête en modification ou en annulation d'une ordonnance devrait être soumise au juge qui a rendu cette

could be exceptional circumstances, as in this case where it was desirable to avoid a perception of conflict of interest, that require the motion to be heard by another judge.

ordonnance. Toutefois, des circonstances exceptionnelles, comme en l'espèce la nécessité d'éviter toute apparence de conflit d'intérêts, peuvent exiger que la requête soit entendue par un autre juge.

#### 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, 8.  
*Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, s. 17.  
*Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 19), ss. 10 (as am. *idem*, s. 23; S.C. 1999, c. 31, s. 45), 11 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 24; S.C. 1999, c. 2, s. 37), 15 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 24; S.C. 1999, c. 2, s. 8, 37), 50(1)(c), 79 (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 45; S.C. 1990, c. 37, s. 31; 1999, c. 2, s. 37).  
*Competition Tribunal Rules*, SOR/94-290.  
*Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, rr. 3, 399.  
*Securities Act*, S.B.C. 1985, c. 83, s. 128(1).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3; (1995), 123 D.L.R. (4th) 462; [1995] 5 W.W.R. 129; 4 B.C.L.R. (3d) 1; 60 B.C.A.C. 1; 97 C.C.C. (3d) 505; 7 C.C.L.S. 1; 38 C.R.R. (4th) 133; 27 C.R.R. (2d) 189; 180 N.R. 241; 99 W.A.C. 1; *Samson v. Canada*, [1995] 3 F.C. 306; (1995), 131 D.L.R. (4th) 360; 64 C.P.R. (3d) 417; 189 N.R. 89 (C.A.).

##### CONSIDERED:

*Re Softkey Software Products Inc.* (1994), 57 C.P.R. (3d) 480; 84 F.T.R. 153 (F.C.T.D.); *SGL Canada Inc. v. Canada (Director of Investigation and Research)*, [1998] F.C.J. No. 1951 (T.D.) (QL); *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416; (1993), 99 D.L.R. (4th) 350; 78 C.C.C. (3d) 510; 18 C.R. (4th) 374; 13 C.R.R. (2d) 65; [1993] 1 C.T.C. 111; 93 DTC 5018; 146 N.R. 270; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; (1990), 67 D.L.R. (4th) 161; 54 C.C.C. (3d) 417; 29 C.P.R. (3d) 97; 76 C.R. (3d) 129; 47 C.R.R. 1; 106 N.R. 161; 39 O.A.C. 161.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 8.  
*Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23, art. 17.  
*Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34 (mod. par L.R.C. (1985) (2° suppl.), ch. 19, art. 19), art. 10 (mod., *idem*, art. 23; L.C. 1999, ch. 2, art. 7, 37; ch. 31, art. 45), 11 (mod. par L.R.C. (1985) (2° suppl.), ch. 19, art. 24; L.C. 1999, ch. 2, art. 37), 15 (mod. par L.R.C. (1985) (2° suppl.), ch. 19, art. 24; L.C. 1999, ch. 2, art. 8, 37), 50(1)c) (mod. par L.C. 1999, ch. 31, art. 50), 79 (édicte par L.R.C. (1985) (2° suppl.), ch. 19, art. 45; L.C. 1990, ch. 37, art. 31; 1999, ch. 2, art. 37).  
*Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106, règles 3, 399.  
*Règles du Tribunal de la concurrence*, DORS/94-290.  
*Securities Act*, S.B.C. 1985, c. 83, art. 128(1).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3; (1995), 123 D.L.R. (4th) 462; [1995] 5 W.W.R. 129; 4 B.C.L.R. (3d) 1; 60 B.C.A.C. 1; 97 C.C.C. (3d) 505; 7 C.C.L.S. 1; 38 C.R.R. (4th) 133; 27 C.R.R. (2d) 189; 180 N.R. 241; 99 W.A.C. 1; *Samson c. Canada*, [1995] 3 C.F. 306; (1995), 131 D.L.R. (4th) 360; 64 C.P.R. (3d) 417; 189 N.R. 89 (C.A.).

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Re Softkey Software Products Inc.* (1994), 57 C.P.R. (3d) 480; 84 F.T.R. 153 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *SGL Canada Inc. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches)*, [1998] A.C.F. n° 1951 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416; (1993), 99 D.L.R. (4th) 350; 78 C.C.C. (3d) 510; 18 C.R. (4th) 374; 13 C.R.R. (2d) 65; [1993] 1 C.T.C. 111; 93 DTC 5018; 146 N.R. 270; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; (1990), 67 D.L.R. (4th) 161; 54 C.C.C. (3d) 417; 29 C.P.R. (3d) 97; 76 C.R. (3d) 129; 47 C.R.R. 1; 106 N.R. 161; 39 O.A.C. 161.

## REFERRED TO:

*Boehringer Ingelheim (Canada) Inc. v. Bristol-Myers Squibb Canada Inc.* (1998), 83 C.P.R. (3d) 51 (Ont. Gen. Div.); *Irwin Toy Ltd. v. Québec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; (1989), 58 D.L.R. (4th) 577; 25 C.P.R. (3d) 417; 94 N.R. 167; *Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson*, [1998] 3 S.C.R. 157; (1998), 223 A.R. 201; 166 D.L.R. (4th) 1; 231 N.R. 201; *Indian Manufacturing Ltd. v. Lo* (1997), 75 C.P.R. (3d) 338; 215 N.R. 76 (F.C.A.).

MOTION under rule 399 to have an *ex parte* order requiring the production of records in the context of an inquiry under the *Competition Act* set aside or varied. Motion dismissed.

## APPEARANCES:

*William J. Miller and Donna C. Blois* for applicant/respondent.  
*R. Michel Decary, Mireille A. Tabib and Patrick Gérard* for respondents/petitioners.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Industry Canada, Legal Services*, Hull, Quebec, for applicant/respondent.  
*Stikeman Elliott*, Montréal, for respondents/petitioners.

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

[1] REED J.: The respondents/petitioners (Air Canada) bring a motion pursuant to rule 399 [*Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106] to have an *ex parte* order of Madam Justice Tremblay-Lamer, dated June 12, 2000, set aside or varied. The order requires Air Canada to produce records, described in Appendix A to the order, and to prepare a written return of information, under oath or affirmation, in response to questions listed in Appendix B. The order was issued as a result of an application made by the Commissioner of Competition pursuant to paragraphs 11(1)(b) and (c) of the *Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34 [as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 24; S.C. 1999, c. 2, s. 37].

## DÉCISIONS CITÉES:

*Boehringer Ingelheim (Canada) Inc. v. Bristol-Myers Squibb Canada Inc.* (1998), 83 C.P.R. (3d) 51 (Div. gén. Ont.); *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; (1989), 58 D.L.R. (4th) 577; 25 C.P.R. (3d) 417; 94 N.R. 167; *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157; (1998), 223 A.R. 201; 166 D.L.R. (4th) 1; 231 N.R. 201; *Indian Manufacturing Ltd. c. Lo* (1997), 75 C.P.R. (3d) 338; 215 N.R. 76 (C.A.F.).

REQUÊTE présentée en vertu de la règle 399 pour faire annuler ou modifier une ordonnance rendue *ex parte* enjoignant de produire des documents dans le cadre d'une enquête en vertu de la *Loi sur la concurrence*. Requête rejetée.

## ONT COMPARU:

*William J. Miller et Donna C. Blois* pour le demandeur/intimé.  
*R. Michel Decary, Mireille A. Tabib et Patrick Gérard* pour les défendeurs/requérants.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Industrie Canada, Services juridiques*, Hull (Québec), pour le demandeur/intimé.  
*Stikeman Elliott*, Montréal, pour les défendeurs/requérants.

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

[1] LE JUGE REED: Les défendeurs/requérants (Air Canada) présentent, en vertu de la règle 399 [*Règles de la Cour fédérale (1998)* DORS/98-106], une requête en modification ou en annulation de l'ordonnance de M<sup>me</sup> la juge Tremblay-Lamer rendue *ex parte* le 12 juin 2000. L'ordonnance requiert Air Canada de produire les documents énumérés à l'annexe A de l'ordonnance et de préparer une déclaration écrite faite sous serment ou affirmation solennelle en réponse aux questions énumérées à l'annexe B. L'ordonnance fait suite à une demande présentée par le commissaire de la concurrence en vertu des alinéas 11(1)(b) et (c) de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34 [mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 19, art. 24; L.C. 1999, ch. 2, art. 37].

[2] Sections 10 [as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 23; S.C. 1999, c. 31, s. 45] and 11 of the *Competition Act* read:

10. (1) The Commissioner shall

(a) on application made under section 9,

(b) whenever the Commissioner has reasons to believe that

...

(ii) grounds exist for the making of an order under Part VII.1 or Part VIII, or

(iii) an offence under Part VI or VII has been or is about to be committed,

...

cause an inquiry to be made into all such matters as the Commissioner considers necessary to inquiry into with the view of determining the facts.

...

11. (1) Where, on the *ex parte* application of the Commissioner or the authorized representative of the Commissioner, a judge of a superior or country court or of the Federal Court is satisfied by information on oath or solemn affirmation that an inquiry is being made under section 10 and that any person has or is likely to have information that is relevant to the inquiry, the judge may order that person to

(a) attend as specified in the order and be examined on oath or solemn affirmation by the Commissioner or the authorized representative of the Commissioner on any matter that is relevant to the inquiry before a person, in this section and sections 12 to 14 referred to as a "presiding officer", designated in the order;

(b) produce a record, or any other thing, specified in the order to the Commissioner or the authorized representative of the Commissioner within a time and at a place specified in the order; or

(c) make and deliver to the Commissioner or the authorized representative of the Commissioner, within a time specified in the order, a written return under oath or solemn affirmation showing in detail such information as is by the order required. [Underlining added.]

### Rule 399

[3] Counsel for the Commissioner argues that rule 399 does not apply to *ex parte* orders issued pursuant

[2] Les articles 10 [mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 19, art. 23; L.C. 1999, ch. 2, art. 7, 37; ch. 31, art. 45] et 11 de la *Loi sur la concurrence* sont ainsi conçus:

10. (1) Le commissaire fait étudier, dans l'un ou l'autre des cas suivants, toutes questions qui, d'après lui, nécessitent un enquête en vue de déterminer les faits:

a) sur demande faite en vertu de l'article 9;

b) chaque fois qu'il a des raisons de croire:

[. . .]

(ii) soit qu'il existe des motifs justifiant une ordonnance en vertu des parties VII.1 ou VIII,

(iii) soit qu'une infraction visée à la partie VI ou VII a été perpétrée ou est sur le point de l'être;

[. . .]

[. . .]

11. (1) Sur demande *ex parte* du commissaire ou de son représentant autorisé, un juge d'une cour supérieure, d'une cour de comté ou de la Cour fédérale peut, lorsqu'il est convaincu d'après une dénonciation faite sous serment ou affirmation solennelle qu'une enquête est menée en application de l'article 10 et qu'une personne détient ou détient vraisemblablement des renseignements pertinents à l'enquête en question, ordonner à cette personne:

a) de comparaître, selon ce que prévoit l'ordonnance de sorte que, sous serment ou affirmation solennelle, elle puisse, concernant toute question pertinente à l'enquête, être interrogée par le commissaire ou son représentant autorisé devant une personne désignée dans l'ordonnance et qui, pour l'application du présent article et des articles 12 à 14, est appelée «fonctionnaire d'instruction»;

b) de produire auprès du commissaire ou de son représentant autorisé, dans le délai et au lieu que prévoit l'ordonnance, les documents ou autres choses dont celle-ci fait mention;

c) de préparer et de donner au commissaire ou à son représentant autorisé, dans le délai que prévoit l'ordonnance, une déclaration écrite faite sous serment ou affirmation solennelle et énonçant en détail les renseignements exigés par l'ordonnance. [Non souligné dans l'original.]

### La règle 399

[3] L'avocat du commissaire soutient que la règle 399 ne s'applique pas aux ordonnances rendues *ex*

to section 11 of the *Competition Act*. He argues that that Act provides a complete statutory code for governing the issuance of such orders and it does not contain provisions allowing for a review of the order or an appeal of the order.

[4] If this position is correct, the only way a person could contest the validity of an order would be by refusing to comply with it, thereby attracting a contempt prosecution in which the validity of the order could be contested as a defence. This is what appears to have happened in *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3, with respect to subsection 128(1) of the B.C. *Securities Act* [S.B.C. 1985, c. 83]. Any contempt proceeding in relation to Madam Justice Tremblay-Lamer's order, I note, would be pursued in accordance with the *Federal Court Rules*, 1998.

[5] I do not accept the argument that rule 399 does not apply to orders issued pursuant to section 11 of the *Competition Act*. When such orders are obtained from the Federal Court, they are governed by the *Federal Court Rules*, 1998.

[6] I turn, then, to the circumstances that justify the varying or rescinding of an *ex parte* order pursuant to rule 399. Counsel for the Commissioner relies upon the decision in *Re Softkey Software Products Inc.* (1994), 57 C.P.R. (3d) 480 (F.C.T.D.); and in *SGL Canada Inc. v. Canada (Director of Investigation and Research)*, [1998] F.C.J. No. 1951 (T.D.) (QL).

[7] In the *Softkey* case, Associate Chief Justice Jerome stated [at paragraph 5]:

... unless the party seeking to rescind or vary the *ex parte* order can establish it was made on the basis of misleading, incomplete, or incorrect facts, there is nothing to warrant the interference of another judge. This was also clearly established by the Supreme Court of Canada in *Wilson*, at p. 124:

The reviewing judge must not substitute his discretion for that of the authorizing judge. Only if the facts upon which the authorization was granted are found to be different

*parte* en vertu de l'article 11 de la *Loi sur la concurrence*. Il prétend que la Loi constitue un code complet régissant de telles ordonnances et qu'aucune de ses dispositions ne prévoit que l'ordonnance peut être l'objet d'une révision ou d'un appel.

[4] Si cette prétention s'avère fondée, une personne ne peut contester la validité de l'ordonnance qu'en refusant de s'y soumettre et en s'exposant à des procédures d'outrage au cours desquelles elle pourra soulever comme moyen de défense la validité de l'ordonnance. Il semble que c'est ce qui s'est produit dans l'affaire *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3, par rapport au paragraphe 128(1) de la *Securities Act* [S.B.C. 1985, ch. 83] de la Colombie-Britannique. Je souligne que toute procédure pour outrage concernant l'ordonnance du juge Tremblay-Lamer serait intentée en vertu des *Règles de la Cour fédérale* (1998).

[5] Je ne souscris pas à l'argument voulant que la règle 399 ne s'applique pas aux ordonnances rendues en application de l'article 11 de la *Loi sur la concurrence*. Lorsque de telles ordonnances émanent de la Cour fédérale, elles sont soumises aux *Règles de la Cour fédérale* (1998).

[6] Je vais maintenant traiter des circonstances qui justifient la modification ou l'annulation d'une ordonnance rendue *ex parte* en application de la règle 399. L'avocat du commissaire soumet à l'appui de ses prétentions les affaires *Re Softkey Software Products Inc.* (1994), 57 C.P.R. (3d) 480 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); et *SGL Canada Inc. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches)*, [1998] A.C.F. n° 1951 (1<sup>re</sup> inst.) (QL).

[7] Dans l'affaire *Softkey*, le juge en chef adjoint Jerome a indiqué [au paragraphe 5]:

[...] à moins que la partie qui cherche à annuler ou à modifier l'ordonnance *ex parte* puisse établir qu'elle a été rendue sur le fondement de faits de nature à induire en erreur, incomplets ou incorrects, rien ne justifie l'intervention d'un autre juge. La Cour suprême du Canada l'a clairement établi dans l'arrêt *Wilson*, à la p. 124:

Le juge de la révision ne doit pas substituer son appréciation à celle du juge qui a accordé l'autorisation. Il n'y a lieu de toucher à l'autorisation que s'il appert que les faits

from the facts proved on the *ex parte* review should the authorization be disturbed. [Emphasis added.]

[8] In *SGL*, Mr. Justice McKeown stated [at paragraph 3]:

The matter, to be properly before me, requires the applicant to show that a willful omission or fraud was involved in the Director's material before the judge who granted the *ex-parte* order. There is no such evidence before me. [Underlining added.]

[9] Paragraph 399(a) of the Rules provides:

**399.** (1) On motion, The Court may set aside or vary an order that was made

(a) *ex parte*;

...

if the party against whom the order is made discloses a *prima facie* case why the order should not have been made.

[10] Counsel for Air Canada argues that rule 399 provides for a lower threshold than counsel for the Commissioner asserts. This argument is based on: the text of the rule itself, which only requires disclosure of a *prima facie* case as to why the order should not have been made; rule 3, which requires that the Rules be interpreted and applied to obtain "the just . . . determination of every proceeding"; the fact that the order, being *ex parte*, was made without the person against whom it was issued having had any opportunity to make representations.

[11] Counsel for Air Canada argues that an order can be varied or set aside when the affidavit evidence on which it was based is inadequate; when the information or documents that are ordered to be produced are irrelevant to the proceedings; when the statutory provisions authorizing the issuance of the order or the order itself are unconstitutional or otherwise illegal.

[12] The jurisprudence cited by the Commissioner must be read in context. For example, Associate Chief

sur lesquels on s'est fondé pour l'accorder diffèrent de ceux prouvés dans le cadre de la révision *ex parte*. [C'est moi qui souligne.]

[8] Dans l'affaire *SGL*, le juge McKeown a indiqué [au paragraphe 3]:

Pour que je sois régulièrement saisi de l'affaire, la demanderesse doit démontrer que le matériel du directeur soumis au juge qui a accordé l'ordonnance *ex parte* comportait une omission ou fraude volontaire. On ne m'a pas présenté cette preuve. [Non souligné dans l'original.]

[9] L'alinéa 399a) des Règles prévoit:

**399.** (1) La Cour peut, sur requête, annuler ou modifier l'une des ordonnances suivantes, si la partie contre laquelle elle a été rendue présente une preuve *prima facie* démontrant pourquoi elle n'aurait pas dû être rendue:

a) toute ordonnance rendue sur requête *ex parte*;

[10] L'avocat d'Air Canada soutient que la règle 399 exige un niveau de preuve moindre que celui défendu par l'avocat du commissaire. Cet argument est fondé sur les éléments suivants: le libellé même de la règle exige une preuve *prima facie* démontrant pourquoi l'ordonnance n'aurait pas dû être rendue; la règle 3 exige que les Règles soient interprétées et appliquées de façon à apporter «une solution au litige qui soit juste»; le fait que l'ordonnance a été rendue *ex parte* a empêché la personne qui est visée de présenter des observations.

[11] L'avocat d'Air Canada prétend qu'une ordonnance peut être modifiée ou annulée lorsque la preuve par affidavit soumise à l'appui de l'ordonnance est insuffisante; lorsque les renseignements ou les documents dont la Cour ordonne la production ne sont pas pertinents à l'instance; lorsque les dispositions qui habilite la Cour à rendre l'ordonnance ou l'ordonnance elle-même sont inconstitutionnelles ou par ailleurs illégales.

[12] Les décisions citées par le commissaire doivent être replacées dans leur contexte. Par exemple, la



Justice Jerome's statement, quoted above, is intended to be read together with the quotation from the *Wilson* decision to which he referred. Also, Mr. Justice McKeown in the quotation from the *SGL* decision, set out above, makes it very clear that his comments are addressed to the "matter before [him]". I do not read his comments as a statement that the variation or setting aside of an order is justified only in cases where there has been wilful omission or fraud. I read his comments as indicating that these are two, but not the only, circumstances in which a variation or setting aside is justified.

[13] At the same time, as noted in the quotation from the *Wilson* decision, *supra*, an order of the Court, even an *ex parte* order, is not lightly set aside. The non-disclosure or errors, in the evidence placed before the issuing judge, must be such as to have caused the issuing judge, had he or she known of them, to have refused to grant the order. I accept that what must be proven is that the order that was granted was based on misleading, incomplete, or incorrect facts. I also agree, however, that if the person against whom the order was issued can show that the documents or information are irrelevant to the inquiry, the portions of the order that require their production can be vacated. Also, if there are considerations of unconstitutionality or other illegality that have not been brought to the attention of the issuing judge, in my opinion, these can be raised in a rule 399 motion when the order in question is an *ex parte* one.

#### Adequacy of disclosure to and material before the court

[14] The Commissioner's inquiry relates to paragraph 50(1)(c) of the *Competition Act* (predatory pricing) and section 79 [as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 45; S.C. 1990, c. 37, s. 31; 1999, c. 2, s. 37] (abuse of dominant position). The former is a criminal offence, and the decision to lay a charge in that regard is not made by the Commissioner. It is made by the Attorney General. It is governed by criminal law and procedure.

déclaration du juge en chef adjoint Jerome, citée précédemment, doit être rapprochée de la citation de l'arrêt *Wilson* auquel il se réfère. De même, le juge McKeown, dans la citation de l'arrêt *SGL*, précitée, dit clairement que ses commentaires s'appliquent à «l'affaire [dont il est saisi]». Je n'interprète pas ses commentaires comme une déclaration voulant que la modification ou l'annulation d'une ordonnance ne soit justifiée que dans les cas d'omission ou de fraude volontaire. J'interprète ses commentaires comme indiquant qu'il s'agit là de deux circonstances, qui ne sont pas les seules, pouvant justifier une modification ou une annulation.

[13] De même, tel qu'il appert de la citation de l'arrêt *Wilson*, précité, une ordonnance d'une cour, même une ordonnance rendue *ex parte*, n'est pas annulée à la légère. Le refus de divulguer ou les erreurs, dans la preuve soumise au juge qui a rendu l'ordonnance, doivent être tels que le juge qui a rendu l'ordonnance ne l'aurait pas rendue s'il en avait été informé. Je conviens qu'il faut établir que l'ordonnance a été rendue sur le fondement de faits de nature à induire en erreur, incomplets ou incorrects. Je conviens également toutefois que, si la personne qui fait l'objet de l'ordonnance peut établir que les documents ou les renseignements ne sont pas pertinents à l'enquête, la partie de l'ordonnance qui requiert leur production peut être annulée. De plus, selon moi, s'il existe des considérations d'inconstitutionnalité ou liées à d'autres illégalités qui n'ont pas été soulevées devant le juge qui a rendu l'ordonnance, celles-ci peuvent être soulevées dans le cadre d'une requête présentée en application de la règle 399 lorsque l'ordonnance en question a été rendue *ex parte*.

#### La suffisance de la divulgation et du dépôt de documents devant la Cour

[14] L'enquête du commissaire a rapport à l'alinéa 50(1)c) [mod. par L.C. 1999, ch. 31, art. 50] (prix d'éviction) et à l'article 79 [édicte par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 19, art. 45; L.C. 1990, ch. 37, art. 31; 1999, ch. 2, art. 37] (abus de position dominante) de la *Loi sur concurrence*. Le premier crée un acte criminel et la décision de porter une accusation à cet égard n'est pas prise par le commissaire. Elle est prise par le procureur général. Elle est soumise au droit criminel et à la procédure applicable en cette matière.

[15] Abuse of dominance is conduct reviewable before the Competition Tribunal at the instance of the Commissioner. The proceeding is governed by the *Competition Tribunal Rules* [SOR/94-290], which are akin to rules of civil procedure. Air Canada argues that the order of June 12, 2000, should not have been made because the material filed by the Commissioner to support the request for the order was incomplete and contained material misstatements. Counsel argues that there was insufficient evidence to support a conclusion that the Commissioner had reasonable grounds to believe that Air Canada had committed the offence of predatory pricing or had engaged in conduct that constituted an abuse of dominant position.

[16] The affidavit of Mr. Schwartzman, which was placed before Madam Justice Tremblay-Lamer, was the basis on which the June 12, 2000 order was requested. Parts of it read as follows:

2. I have been assigned by the Commissioner to work on his inquiry into the pricing and supply of airline passenger seats on Toronto-Moncton, Toronto-Fredericton, Toronto-Saint John and Toronto-Charlottetown flights ("the routes") operated by Air Canada and/or Canadian Airlines International Ltd. ("Canadian Airlines") and its affiliate, Canadian Regional airlines (1998) Ltd. As such I have personal knowledge of the matters referred to in this affidavit, except that which is based on information and belief and, where so stated, I verily believe that information to be true.
  3. On May 8, 2000, the Commissioner commenced an inquiry, pursuant to section 10 of the Act, into Air Canada's pricing and supply of airline passenger seats on its Toronto-Moncton, Toronto-Fredericton, Toronto-Saint John and Toronto-Charlottetown routes ("the Routes") because he believed and continues to believe on reasonable grounds that the actions of Air Canada are contrary to paragraph 50(1)(c) and/or section 79 of the Act.
- ...
7. Air Canada, based in Montreal, is Canada's largest air carrier and, following its merger with Canadian Airlines Corporation, Air Canada will have more than 80% of the domestic passenger market and will account for close to 90% of the domestic passenger revenues.

[15] L'abus de position dominante est un comportement qui peut, à l'initiative du commissaire, faire l'objet d'un examen par le Tribunal de la concurrence. La procédure est soumise aux *Règles du Tribunal de la concurrence* [DORS/94-290] qui ressemblent à des règles de procédure civile. Air Canada soutient que l'ordonnance du 12 juin 2000 n'aurait pas dû être rendue parce que les documents soumis par le commissaire à l'appui de la requête en ordonnance étaient incomplets et contenaient des déclarations erronées importantes. L'avocat prétend que la preuve n'était pas suffisante pour conclure que le commissaire avait des motifs raisonnables de croire qu'Air Canada avait commis une infraction consistant à pratiquer des prix d'éviction ou a eu un comportement qui constitue un abus de position dominante.

[16] L'affidavit de M. Schwartzman, qui a été déposé devant le juge Tremblay-Lamer, constitue le fondement de la demande de l'ordonnance du 12 juin 2000. Voici des extraits de cet affidavit:

[TRADUCTION]

2. Le commissaire m'a affecté à l'enquête sur la fixation des prix et l'offre de sièges sur les vols Toronto-Moncton, Toronto-Fredericton, Toronto-Saint John et Toronto-Charlottetown (les routes) exploités par Air Canada ou Les lignes aériennes Canadien International Ltée (Les lignes aériennes Canadien) et leur filiale, Les lignes aériennes Canadien Régional (1998) Ltée. J'ai donc eu connaissance personnellement des faits exposés dans cet affidavit, à l'exception de ceux fondés sur des renseignements ou la croyance et, lorsque cela est indiqué, j'ai tous les motifs de croire que ces renseignements sont vrais.
  3. Le 8 mai 2000, le commissaire a entrepris une enquête, en vertu de l'article 10 de la Loi, au sujet de la fixation des prix et de l'offre de sièges par Air Canada sur les routes Toronto-Moncton, Toronto-Fredericton, Toronto-Saint John et Toronto-Charlottetown (les routes) parce qu'il croyait et continue de croire pour des motifs raisonnables que les agissements d'Air Canada sont contraires à l'alinéa 50(1)c) ou à l'article 79 de la Loi.
- [ . . . ]
7. Air Canada, dont le siège social est à Montréal, est le plus gros transporteur aérien au Canada et, suite à la fusion avec Canadian Airlines Corporation, Air Canada aura plus de 80 % du marché intérieur des passagers et aura près de 90 % des revenus générés par les passagers intérieurs.

...

12. Air Canada and Canadian Airlines integrated their flight schedules effective April 2, 2000 and are providing airline passenger service through coordinated efforts. Through codesharing and commercial arrangements, these two airlines will offer an integrated network directly serving over 205 destinations on five continents with a fleet of over 365 aircraft. Once the two airlines merge, the resulting corporation will be the eleventh largest air carrier in the world and seventh largest in North America, with over \$10 billion in revenues.
13. The Commissioner engaged an airline consulting firm to review the pricing and capacity changes introduced by Air Canada. The consultants have confirmed that, after the entry of WestJet, Air Canada has significantly increased its non-stop seat capacity on the Routes with the exception of the Toronto-Charlottetown route and has dropped its fares on all of the Routes to match or undercut the WestJet fares.
14. On May 19, 2000 I was advised by our consultant that on the Toronto-Moncton, Toronto-Fredericton and Toronto-Saint John routes, as part of the restructuring of the schedules of Air Canada and Canadian Airlines, the flights are operated by Canadian Airlines or their affiliate, CRAL. On the Toronto-Charlottetown route, the one flight per day is operated by Air Canada. There is both an Air Canada and Canadian Airlines code applied to all of these flights ("codeshare"). The Commissioner does not know how the inventory or seats are being divided between Air Canada, Canadian Airlines and CRAL.

...

17. In completing his inquiry pursuant to section 10 of the Act, the Commissioner must determine the capacity, revenues, costs and strategic plans for the Routes for Air Canada, Canadian Airlines and CRAL and how the capacity, revenue and costs are divided between the airlines. The Commissioner must also assess the pricing and capacity policies of Air Canada, Canadian Airlines and CRAL.
18. As the operators of these Routes, Air Canada, Canadian Airlines and CRAL are likely to have information which is relevant to this inquiry. Canadian Airlines Corporation is likely to have information which is relevant to this inquiry due to its position as the parent of Canadian Airlines. As the majority shareholder of Canadian Airlines Corporation, 853350 Alberta Ltd. is

[. . .]

12. Air Canada et Les lignes aériennes Canadien ont intégré leurs horaires de vols depuis le 2 avril 2000 et joint leurs efforts pour assurer le service de transport aérien de passagers. Au moyen du partage de codes et d'ententes commerciales, ces deux lignes aériennes offriront un réseau intégré desservant plus de 205 destinations sur cinq continents avec une flotte de plus de 365 avions. Une fois que les deux compagnies aériennes auront fusionné, la société qui en résultera sera le onzième plus important transporteur aérien au monde et le septième plus gros en Amérique du Nord avec des revenus de plus de 10 milliards de dollars.
13. Le commissaire a retenu les services d'une société d'experts-conseils en transport aérien pour examiner les modifications dans la fixation des prix et la capacité introduites par Air Canada. Les experts-conseils ont confirmé que, suite à l'entrée de WestJet sur le marché, Air Canada avait considérablement augmenté sa capacité en sièges sans escale sur les routes à l'exception de la route Toronto-Charlottetown et avait réduit ses tarifs sur toutes les routes pour égaler les tarifs que pratiquaient WestJet ou offrir des tarifs inférieurs.
14. Le 19 mai 2000, notre expert-conseil m'a avisé que sur les routes Toronto-Moncton, Toronto-Fredericton et Toronto-Saint John, dans le cadre de la restructuration des horaires d'Air Canada et des Lignes aériennes Canadien, les vols étaient assurés par Les lignes aériennes Canadien ou leur filiale, LACR. Sur la route Toronto-Charlottetown, le vol quotidien était assuré par Air Canada. Les deux sociétés, Air Canada et Canadian Airlines, appliquent un code de partage à tous ces vols (code de partage). Le commissaire ne sait pas de quelle façon l'inventaire ou les sièges sont répartis entre Air Canada, Les lignes aériennes Canadien et LACR.

[. . .]

17. Pour compléter son enquête en vertu de l'article 10 de la Loi, le commissaire doit déterminer la capacité, les revenus, les coûts et les plans stratégiques pour les routes d'Air Canada, de Les lignes aériennes Canadien et de LACR et comment la capacité, les revenus et les coûts sont répartis entre les lignes aériennes. Le commissaire doit également évaluer les politiques en matière de prix et de capacité de ces trois sociétés.
18. À titre d'exploitants de ces routes, Air Canada, Les lignes aériennes Canadien et LACR disposent vraisemblablement de renseignements pertinents à cette enquête. Canadian Airlines Corporation, du fait qu'elle est propriétaire de Les lignes aériennes Canadien, possède vraisemblablement des renseignements qui sont pertinents à cette enquête. À titre d'actionnaire

also likely to have relevant information.

[17] Counsel for Air Canada argues that there are several elements of both the offence of predatory pricing, and the conduct of abuse of dominant position, for which no grounds are set out in the evidence that was presented to Madam Justice Tremblay-Lamer. Counsel notes that in order to find predatory pricing, as defined in paragraph 50(1)(c) of the Act, there has to be a policy of unreasonably low prices, and that the conduct has to have the “effect or tendency of substantially lessening competition or eliminating a competitor, or designed to have that effect”. Counsel notes that section 79 (abuse of dominance) requires a finding that the person has engaged in a practice of anti-competitive acts, and that that practice has had, or is likely to have the effect of preventing or lessening competition. Counsel argues that the material put before Madam Justice Tremblay-Lamer did not disclose any evidence of a policy, or a practice, or that the effect of the alleged conduct was not a lessening of competition or an attempt to accomplish such.

[18] In addition, counsel for Air Canada argues that the law is clear that the matching of a competitor’s price is not abusive conduct (*Boehringer Ingelheim (Canada) Inc. v. Bristol-Myers Squibb Canada Inc.* (1988), 83 C.P.R. (3d) 51 (Ont. Gen. Div.). Mr. Craig Landry, Manager, North America Market Management of Air Canada, filed an affidavit that it is his belief that Air Canada did not undercut Westjet’s fares, and if it did, it did so unwittingly. He states that he believes that the Commissioner and any airline consulting firm hired by him to review the pricing changes introduced by Air Canada following Westjet’s entry into the market knew or must have known that Air Canada has never undercut Westjet’s publicly announced fares, and that if Air Canada in fact undercut a “buy-up-level” fare of Westjet, it cannot have done so knowingly or intentionally (paragraphs 3-7 of his affidavit). He explains the competitive intelligence gathering undertaken by Air Canada, and the limited information obtained thereby. He asserts that Air Canada merely met the prices of a competitor.

majoritaire de Les lignes aériennes Canadien, 853350 Alberta Ltd. possède elle aussi vraisemblablement des renseignements pertinents.

[17] L’avocat d’Air Canada prétend que plusieurs éléments des deux infractions, la fixation de prix d’éviction et l’abus de position dominante, ne pouvaient fonder la preuve soumise au juge Tremblay-Lamer. Il souligne que pour établir la fixation de prix d’éviction, telle que définie à l’alinéa 50(1)c) de la Loi, il doit exister une politique de vente à des prix déraisonnablement bas et que le comportement doit avoir «pour effet ou tendance de sensiblement réduire la concurrence ou éliminer un concurrent, ou [être] destinée à avoir un semblable effet». L’avocat souligne que l’article 79 (abus de position dominante) requiert une conclusion portant que la personne se livre à une pratique d’agissements anti-concurrentiels, et que cette pratique a eu ou aura vraisemblablement pour effet d’empêcher ou de diminuer la concurrence. Il prétend que les documents produits devant le juge Tremblay-Lamer n’ont pas établi l’existence d’une politique ou d’une pratique, ou que le comportement allégué n’a pas eu pour effet de diminuer la concurrence ni était une tentative en ce sens.

[18] De plus, l’avocat d’Air Canada prétend que la loi est claire et que l’appariement de tarifs avec ceux d’un concurrent n’est pas un comportement abusif (*Boehringer Ingelheim (Canada) Inc. v. Bristol-Myers Squibb Canada Inc.* (1998), 83 C.P.R. (3d) 51 (Div. gén. Ont.). M. Craig Landry, chef des services, Gestion des marchés nord-américains d’Air Canada, a déposé un affidavit dans lequel il dit croire qu’Air Canada n’a pas pratiqué des prix inférieurs à ceux de WestJet, et si elle l’a fait, elle ne l’a pas fait intentionnellement. Il indique qu’il croit que le commissaire et la société d’experts-conseils en transport aérien que celui-ci engage pour examiner les modifications de tarifs introduites par Air Canada à la suite de l’entrée de Westjet sur le marché savaient ou auraient dû savoir qu’Air Canada n’a jamais pratiqué des prix inférieurs à ceux annoncés publiquement par WestJet, et que, si Air Canada a dans les faits pratiqué des prix inférieurs aux prix «d’éviction» de WestJet, elle ne peut pas l’avoir fait sciemment ou intentionnellement (paragraphes 3 à 7 de son affidavit). Il explique le

[19] When assessing whether a variation or setting aside of a section 11 order is justified, it is essential to keep in mind that the order relates to the production of information and documents for the purpose of an inquiry, not for the purpose of the prosecution of a criminal offence. Much of the jurisprudence cited by counsel for Air Canada refers to the latter, not the former.

[20] The obligation on the Court is not that it must be satisfied that reasonable grounds exist to believe that either predatory pricing or abuse of dominance has occurred. Under section 11 of the *Competition Act*, the Court must satisfy itself that: (1) an inquiry has been commenced; and that (2) the person against whom the order is made is likely to have information relevant to the inquiry. The statutory scheme is different than, for example, section 15 [as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 24; S.C. 1999, c. 2, ss. 8, 37] of the *Competition Act* pursuant to which search and seizure warrants are issued.

[21] In addition, it is obvious from the above description of Mr. Landry's affidavit that Air Canada's arguments are addressed to the merits of Air Canada's position in response to the allegation that the conduct in question occurred. It is the kind of evidence and arguments that are appropriately made to the Commissioner in the context of his enquiry. It is the kind of evidence and argument that would be appropriately addressed to the Court, or the Competition Tribunal, as the case may be, if a decision were eventually made by either the Attorney General or the Commissioner to proceed against Air Canada.

[22] I have not been persuaded that Air Canada has demonstrated that the information that was provided to Madam Justice Tremblay-Lamer was incomplete, misleading or incorrect to a degree that would have led her to refuse to grant the order.

système de veille concurrentielle mis sur pied par Air Canada et le peu d'information que cela a donné. Il fait valoir qu'Air Canada n'a fait qu'égaliser les prix d'un concurrent.

[19] Pour déterminer si la modification ou l'annulation d'une ordonnance rendue en vertu de l'article 11 est justifiée, il est essentiel de garder à l'esprit que l'ordonnance porte sur la production de renseignements et de documents pour les fins d'une enquête et non pas d'une poursuite criminelle. La plupart des causes de jurisprudence citées par l'avocat d'Air Canada se rapportent au deuxième cas et non au premier.

[20] Le tribunal n'a pas à être convaincu de l'existence de motifs raisonnables de croire qu'il y a eu fixation de prix d'éviction ou abus de position dominante. En vertu de l'article 11 de la *Loi sur la concurrence*, le tribunal doit être convaincu: 1) qu'une enquête a débuté et 2) que la personne qui fait l'objet de l'ordonnance a vraisemblablement en sa possession des renseignements pertinents à l'enquête. Le régime est différent de celui prévu, par exemple, à l'article 15 [mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 19, art. 24; L.C. 1999, ch. 2, art. 8, 37] de la *Loi sur la concurrence* en vertu duquel les mandats de perquisition et saisie sont décernés.

[21] De plus, il ressort de la description qui précède de l'affidavit de M. Landry que les arguments d'Air Canada portent sur le bien-fondé de la position de celle-ci en réponse à l'allégation voulant que la conduite en question se soit produite. Il s'agit du type de preuve et d'arguments qu'il convient de présenter au commissaire dans le cadre de son enquête. Il s'agit du type de preuve et d'arguments qui pourraient être de manière appropriée présentés à la Cour, ou au Tribunal de la concurrence, selon le cas, si une décision était prise par le procureur général ou le commissaire de poursuivre Air Canada.

[22] Je ne suis pas convaincue qu'Air Canada a établi que les renseignements soumis au juge Tremblay-Lamer étaient incomplets, trompeurs ou erronés à un point tel qu'elle aurait dû refuser de rendre une ordonnance.

### Relevance of material sought

[23] Air Canada argues that much of the documentation and information that is requested is not relevant to the Commissioner's inquiry, or only marginally so, and that the burden placed on Air Canada, in being required to respond to the requests, outweighs the benefits to the Commissioner. Mr. John Baker, Vice President and General Counsel of Air Canada, filed an affidavit in this regard. It reads in part:

3. The Order is divided into the following two parts. First, pursuant to Appendix "A", Air Canada is required to provide all documents in its possession that are responsive to a list of twenty-seven (27) required records ("**Appendix "A" documents**"). Second, pursuant to Appendix "B" Air Canada is required to provide written interrogation type responses to nineteen (19) questions ("**Appendix B documents**"). The Appendix A documents and Appendix B documents are to be provided to the Commissioner (attention Charles Schwartzman) by no later than 4:00 o'clock (EST) on July 7, 2000.
4. In order to comply with the Order in the period set out in same, Air Canada retained the services of the law firm of Stikeman Elliott to assist it in compiling the information. As well, certain employees of Air Canada have been assigned to prepare the Appendix B documents. From June 19, 2000 to the present, at least four (4) lawyers and/or articling students of Stikeman Elliott have been working at Air Canada specifically with respect to the Order.
5. I have reviewed the Order and believe that the information requested is not essential nor relevant to the Commissioner's inquiry or is excessively burdensome, including certain of the Appendix A documents and/or Appendix B documents . . .

[24] Among the documents requested, to which particular exception is taken, are those described in items 12, 19, 21:

12. Provide all records regarding the terms and conditions of any currently leased aircraft used on the specified routes.  
 . . .
19. Provide all lease records and summary sheets or overviews regarding the terms and conditions of all

### Pertinence des documents recherchés

[23] Air Canada prétend que la plupart des documents et des renseignements requis ne sont pas pertinents à l'enquête du commissaire, ou qu'ils le sont seulement d'une façon bien négligeable, et que le fardeau imposé à Air Canada, qui est requise de répondre aux demandes, dépasse de beaucoup les avantages dont pourrait bénéficier le commissaire. M. John Baker, vice-président et conseiller juridique général d'Air Canada, a souscrit un affidavit à cet égard. Voici un extrait de celui-ci:

[TRADUCTION]

3. L'ordonnance se divise en deux parties. Premièrement, l'annexe A oblige Air Canada à produire tous les documents en sa possession qui correspondent à une liste de vingt-sept (27) dossiers requis (documents de l'annexe A). Deuxièmement, l'annexe B oblige Air Canada à fournir des réponses écrites à dix-neuf (19) questions (documents de l'annexe B). Les documents des deux annexes doivent être fournis au commissaire (à l'attention de Charles Schwartzman) au plus tard à 16h00 (heure de l'Est), le 7 juillet 2000.
4. Afin de répondre à l'ordonnance dans le délai alloué, Air Canada a retenu les services du bureau d'avocats Stikeman Elliott pour l'aider à compiler les renseignements. De même, certains employés d'Air Canada ont été assignés à la préparation des documents de l'annexe B. Du 19 juin 2000 à ce jour, au moins quatre avocats et/ou des stagiaires de Stikeman Elliott ont travaillé chez Air Canada précisément pour exécuter l'ordonnance.
5. J'ai examiné l'ordonnance et je crois que les renseignements requis ne sont ni essentiels ni pertinents à l'enquête du commissaire ou sont excessivement onéreux, y compris certains documents des annexes A et/ou B . . .

[24] Parmi les documents requis, pour lesquels on exprime tout particulièrement un désaccord, on retrouve ceux décrits aux points 12, 19 et 21:

[TRADUCTION]

12. Fournir tous les dossiers sur les conditions de location des avions actuellement utilisés sur les routes spécifiées.  
 [. . .]
19. Fournir tous les dossiers de location et les résumés ou les aperçus des conditions en vertu desquelles des

aircraft under lease to the Air Carrier since January 1, 1999.

. . .

21. Provide all records regarding the terms and conditions of all aircraft purchases and/or sales made by the Air Carrier since January 1, 1999.

[25] Among the information requests, to which particular exception is taken, are questions 4 and 8:

4. Provide the amount of seat inventory allocated to each booking class code, by flight number and aggregated by day and month since January 1, 2000, 24 hours prior to flight departure for the specified routes for each Air Carrier.

. . .

8. Provide full details of all costs of more than 1% of total costs from January 1, 2000 to the present. For the purposes of this question, "total costs" includes variable, fixed, allocated and out-of-pocket expenses for the specified routes. Provide this cost information by flight and by seat mile and then aggregated by day and month for each Air Carrier. Describe how expenses are determined by Air Carrier to be fixed, variable (with flight) or out-of-pocket. Indicate which costs would be considered fixed for a period of one month, six months and one year and explain why.

[26] Mr. Baker also states that the requirement that Air Canada produce records that are electronic in nature is excessively burdensome because it requires Air Canada to review the computer hard drives and electronic mail of each relevant employee:

6. In addition to the above, the requirement in the Order to provide records that are electronic in nature would require Air Canada to review the computer hard drives and electronic mail of each relevant employee. I believe this requirement to be excessively burdensome and, in certain cases, irrelevant. To begin, since certain questions require responses from as far back as January 1, 1996 in order to fully respond to the Order, electronic mail must be searched as far back as 1996. Since many employees receive approximately 6,000-12,000 electronic mail messages annually, to search back to 1996 would be excessively burdensome. Second, requiring electronic mail for all employees with information responsive to Appendix A documents

avions sont loués au transporteur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1999.

[. . .]

21. Fournir tous les dossiers donnant les conditions de vente ou de location d'avions du transporteur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1999.

[25] Parmi les renseignements requis, pour lesquels on exprime tout particulièrement un désaccord, on retrouve les questions 4 et 8:

[TRADUCTION]

4. Fournir le nombre de sièges en inventaire attribué à chaque code de classe, par numéro de vol, avec un résumé par jour et par mois depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2000, 24 heures avant le départ du vol pour les routes spécifiées de chaque transporteur aérien.

[. . .]

8. Fournir les détails des coûts supérieurs à 1% des coûts totaux entre le 1<sup>er</sup> janvier 2000 et ce jour. Pour les fins de la présente question, les «coûts totaux» comprennent les dépenses variables, fixes, réparties et remboursables pour les routes. Fournir ces renseignements par vol et par siège-mille et produire un résumé par jour et par mois pour chaque transporteur aérien. Indiquer de quelle façon le transporteur aérien détermine que ces dépenses sont fixes, variables (avec le vol) ou remboursables. Indiquer quels coûts seraient considérés comme fixes pour une période d'un mois, de six mois et d'un an et fournir les détails.

[26] M. Baker indique également que l'obligation faite à Air Canada de fournir des documents qui sont sous forme électronique est excessivement onéreuse car Air Canada doit examiner le contenu de disques durs d'ordinateurs et de courriers électroniques de chaque employé concerné:

[TRADUCTION]

6. En plus de ce qui précède, l'obligation énoncée à l'ordonnance de fournir des dossiers qui sont sous forme électronique obligerait Air Canada à examiner les disques durs d'ordinateurs et le courrier électronique de chaque employé concerné. Je crois que cette obligation est excessivement onéreuse et, dans certains cas, non pertinente. Dans un premier temps, comme certaines questions exigent des réponses qui remontent au 1<sup>er</sup> janvier 1996, il faudra pour fournir une réponse complète à l'ordonnance trouver le courrier électronique qui remonte à 1996. Comme plusieurs employés reçoivent de 6 000 à 12 000 courriers électroniques par année, une recherche qui remonte à 1996 sera excessivement onéreuse. Deuxièmement, le fait d'exiger le

without limiting it to employees at a specific level (e.g. senior management) is both excessive in respect of the total number of employees, and irrelevant as non-senior level employees do not have the power to make Air Canada policy. Finally, in order to provide electronic mail created more than approximately six (6) months ago or longer would require at least two-three (2-3) weeks of work to recreate the file.

[27] Counsel for the Commissioner noted that, at the time the Commissioner sought the section 11 order, he did not know what the record-keeping practices of Air Canada were. Counsel indicated that in so far as there were real difficulties in responding to the requests, as a result of the form in which they had been asked, this should be the subject of discussion between counsel, before the Court was asked to adjudicate further on it. That aspect of Air Canada's present motion was therefore set aside to allow for such discussion.

[28] I note that at a general level I have not been persuaded that Air Canada has shown that the documents that are sought and the questions that are asked are irrelevant to the Commissioner's inquiry. Paragraph 17 of Mr. Schwartzman's affidavit is particularly relevant in this regard.

### Unconstitutionality

[29] I turn then to the arguments that section 11 and particularly paragraph 11(1)(c) are unconstitutional.

[30] It is argued that section 11 is invalid for reasons similar to those set out in *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416. In that case search and seizure provisions were held to be invalid because no residual discretion was left with the issuing authority. The statutory provisions were held to infringe section 8 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]] because they allowed unreasonable search and seizure. Air Canada also argues that section 11 allows unreasonable search and seizure because it allows the Court to issue a paragraph 11(1)(c) order

courrier électronique de tous les employés à la recherche d'information liée aux documents de l'annexe A sans la restreindre aux employés d'un certain niveau hiérarchique (ex. les cadres supérieurs) est, d'une part, excessif vu le nombre total d'employés et, d'autre part, non pertinent car les employés non-cadres n'ont pas le pouvoir d'élaborer la politique d'Air Canada. Enfin, pour fournir le courrier électronique qui date de plus de six mois environ, il faudra au moins de 2 à 3 semaines de travail pour recréer le fichier.

[27] L'avocat du commissaire a indiqué que, lorsque le commissaire a demandé l'ordonnance visée à l'article 11, il ne connaissait pas les pratiques d'archivage des documents d'Air Canada. Il a indiqué que, s'il y a des difficultés réelles pour répondre aux demandes qui sont liées à la forme sous laquelle elles sont faites, cela devrait faire l'objet de discussions entre avocats, avant que le tribunal ne soit appelé à trancher par la suite cette question. Cet aspect de la présente requête d'Air Canada a par conséquent été mis de côté pour permettre de telles discussions.

[28] Je souligne que, de façon générale, je n'ai pas été convaincue qu'Air Canada a établi que les documents demandés et les questions posées ne sont pas pertinents à l'enquête du commissaire. Le paragraphe 17 de l'affidavit de M. Schwartzman est particulièrement pertinent à ce propos.

### Inconstitutionnalité

[29] Je traite maintenant des arguments voulant que l'article 11 et plus particulièrement l'alinéa 11(1)(c) soient inconstitutionnels.

[30] Selon l'argument avancé, l'article 11 est illégal pour des raisons similaires à celles décrites dans l'arrêt *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416. Dans cette affaire, la Cour a invalidé les dispositions sur la perquisition et la saisie au motif que le juge qui avait accordé l'autorisation ne disposait d'aucun pouvoir discrétionnaire résiduel. Elle a jugé que les dispositions législatives violaient l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] parce qu'elles permettaient des perquisitions et des saisies abusives.



only on proof that an inquiry has been commenced, and that inquiry could have been commenced by the Commissioner on a whim.

[31] Section 11 provides that a judge may, not shall, issue an order. Residual discretion exists. Also, I cannot conclude that section 11 authorizes the issuing of an order to produce information if the Commissioner were acting on a “whim”. I cannot envisage a court granting a section 11 order on the basis of a bald assertion by the Commissioner that an inquiry has been commenced. It seems to me that any judge would require more than that. He or she is likely to require some description of the nature of the alleged conduct that is the subject of the inquiry, the basis of the Commissioner’s decision to commence an inquiry and his reason for believing that conduct to which the inquiry is addressed has occurred. Also, the judge must be satisfied that the person against whom the order is sought is likely to have relevant information. This does not mean that the Court second guesses the Commissioner’s decision that he has reasons to believe that the conduct that is the subject of the inquiry in question occurred, but it does allow the Court to refuse to grant an order when there is insufficient evidence to support a conclusion that a *bona fide* inquiry has been commenced.

[32] Counsel for Air Canada argues that either the particular order or section 11 itself, and particularly paragraph 11(1)(c), is invalid because it infringes sections 7 and 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. It is argued that the requirement that Air Canada “make . . . a written return under oath . . . showing such information” (*préparer [. . .] une déclaration écrite faite sous serment [. . .] des renseignements*) is an infringement of one’s right to be free of self-incrimination. It is argued that it is an infringement of person’s liberty because the production of the information is a compulsion in the nature of forced labour.

Air Canada prétend également que l’article 11 permet des perquisitions et des saisies abusives car il permet au tribunal de rendre une ordonnance en application de l’alinéa 11(1)c) sur la seule preuve qu’une enquête a débuté, enquête que le commissaire a pu ouvrir par caprice.

[31] L’article 11 prévoit qu’un juge peut, et non pas doit, rendre une ordonnance. Un pouvoir discrétionnaire résiduel existe. De plus, je ne peux pas conclure que l’article 11 permet de rendre une ordonnance obligeant à produire des renseignements si le commissaire agissait par «caprice». Je ne peux pas concevoir qu’un tribunal puisse rendre une ordonnance en application de l’article 11 en se fondant sur la simple affirmation du commissaire qu’une enquête a été commencée. Il me semble qu’un juge requerrait plus que ça. Il requerrait vraisemblablement une description de la nature de la conduite alléguée qui fait l’objet de l’enquête, le fondement de la décision du commissaire de commencer une enquête et la raison pour laquelle il croit que le comportement qui fera l’objet de l’enquête a eu lieu. Le juge doit également être convaincu que la personne visée par l’ordonnance est vraisemblablement en possession de renseignements pertinents. Cela ne signifie pas que le tribunal réévalue la décision du commissaire portant qu’il a des raisons de croire que le comportement qui fait l’objet de l’enquête s’est produit, mais cela permet au tribunal de refuser de rendre une ordonnance lorsque la preuve n’est pas suffisante pour permettre de conclure qu’une enquête a été entreprise de bonne foi.

[32] L’avocat d’Air Canada prétend que l’ordonnance ou l’article 11 lui-même, et en particulier l’alinéa 11(1)c), est invalide au motif qu’il viole les articles 7 et 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il prétend que l’obligation qui est faite à Air Canada de «préparer [. . .] une déclaration écrite faite sous serment [. . .] des renseignements» est une violation du droit de toute personne de ne pas s’incriminer. Il soutient qu’il s’agit d’une atteinte à la liberté parce que la production des renseignements est une contrainte de la nature du travail forcé.

[33] I believe it to be common ground that while section 7 is designed to protect individuals, not corporations (see *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927), corporations may challenge the constitutionality of a statutory provision by establishing that if the provision in question were applied to an individual, an infringement of section 7 would occur (see *Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson*, [1998] 3 S.C.R. 157).

[34] It is argued that paragraph 11(1)(c) is invalid because when addressed to an individual, it requires the person to manufacture evidence against himself or herself. Air Canada's argument is based on the decisions in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; and *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3.

[35] In the *Thomson* case, the Supreme Court held that the corporate officers of a corporation that was suspected of predatory pricing, could be ordered to testify under oath and produce documents pursuant to the then section 17 of the *Combines Investigation Act* [R.S.C. 1970, c. C-23]. In coming to her decision, Madam Justice L'Heureux-Dubé stated, at page 588:

... an order requiring an individual or the officer of a corporation to produce documents does not involve the fabrication of evidence; the individual or officer acts as a "mere conduit" for the delivery of pre-existing records. [Underlining added.]

[36] The "fabrication of evidence" may be an unfortunate translation of a text that was originally written in French, since "fabrication of evidence" in English carries with it the connotation of falsification. In any event, the meaning is clear.

[37] In the *Branch* decision, the Court made two pronouncements relevant to the present case. The first

[33] Je crois qu'il n'est pas contesté que, bien que l'article 7 prévoit la protection des individus et non des sociétés (voir *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur Général)*, [1989] 1 R.C.S. 927), ces dernières peuvent contester la constitutionnalité d'une disposition législative en établissant que, si la disposition en question était appliquée à un individu, elle constituerait une violation de l'article 7 (voir *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157).

[34] Selon l'argument avancé, l'alinéa 11(1)c) est invalide au motif que, lorsqu'il est appliqué à un individu, il l'oblige à fabriquer des éléments de preuve l'incriminant. L'argument d'Air Canada est fondé sur les arrêts *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; et *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3.

[35] Dans l'arrêt *Thomson*, la Cour suprême a conclu que les administrateurs d'une société qui était soupçonnée de fixation de prix déraisonnablement bas pouvaient être contraints à témoigner sous serment et à produire des documents en vertu de l'article 17 alors en vigueur de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* [S.R.C. 1970, ch. C-23]. Avant d'en venir à cette conclusion, le juge L'Heureux-Dubé a indiqué à la page 588:

[...] une ordonnance enjoignant à un particulier ou à l'administrateur d'une société de produire des documents ne comporte pas de fabrication d'éléments de preuve; le particulier ou l'administrateur sert [TRADUCTION] «simple-ment d'intermédiaire» dans la livraison de dossiers déjà existants. [Non souligné dans l'original.]

[36] Dans la version anglaise des motifs du juge L'Heureux-Dubé, l'expression «*fabrication of evidence*» est peut-être une traduction malheureuse d'un texte écrit initialement en français, puisque les termes «*fabrication of evidence*» en anglais comportent une connotation de falsification. De toute façon, le sens est clair.

[37] Dans l'arrêt *Branch*, la Cour a fait deux déclarations qui s'appliquent à la présente affaire. Elle a dit

was that in assessing whether oral testimony and documents could be compelled, it was relevant to consider whether the predominant purpose for seeking the evidence was to obtain incriminating evidence against the person who was being compelled to testify, or whether the predominant purpose was to serve some legitimate public purpose.

[38] In addition, the distinction between pre-existing information and compelled self-incriminating testimony was again considered. The following description is found in the headnote [at page 6]:

. . . th[e] right. . . [to silence] attaches to communications that are brought into existence by the exercise of compulsion by the state and not to documents that contain communications made before such compulsion and independently thereof. [Underlining added.]

[39] In the *Branch* case the following statements were made by Madam Justice L'Heureux-Dubé, at page 57:

Unlike testimonial compulsion, for which special considerations apply, it is not necessary to recognize any additional protections at the trial stage in order for pre-existing documents to be compellable at the subpoena stage. Indeed, as I noted in *Thomson Newspapers*, *supra*, at p. 588:

. . . an order requiring an individual or the officer of a corporation to produce documents does not involve the fabrication of evidence; the individual or officer acts as a "mere conduit" for the delivery of pre-existing records. . . . Thus, there is no suggestion that the use of such evidence in a subsequent trial would affect the fairness of the proceedings.

A clear line must be drawn between, on one hand, the compelled production of pre-existing documents and, on the other hand, the compelled production of documents which are themselves produced pursuant to statutory compulsion. While the latter may, indeed, engage some self-incriminatory concerns since the individual will have generated them under state compulsion, it is evident that the former should not engage such concerns since they have not been generated subject to any such compulsion.

[40] Counsel for Air Canada, argues that the answering of many of the questions posed in the June

d'abord que, pour déterminer si on pouvait contraindre une personne à témoigner ou à produire des documents, il fallait considérer si le but principal de cette recherche d'éléments de preuve était d'obtenir des éléments de preuve incriminant la personne contrainte à témoigner ou s'il était de réaliser une fin publique légitime.

[38] De plus, la Cour a à nouveau tenu compte de la distinction entre les renseignements préexistants et le témoignage obligatoire incriminant. La description suivante se trouve dans le sommaire de l'arrêt [à la page 6]:

[. . .] [le droit au silence] se rattache aux communications faites par suite de la contrainte exercée par l'État, mais non aux documents qui renferment des communications faites avant cette contrainte et de façon indépendante de celle-ci. [Non souligné dans l'original.]

[39] Dans l'arrêt *Branch*, le juge L'Heureux-Dubé a déclaré à la page 57:

Contrairement à la contrainte à témoigner, à laquelle s'appliquent des considérations spéciales, il n'est pas nécessaire de reconnaître des garanties additionnelles à l'étape du procès pour pouvoir, à l'étape du subpoena, forcer la production de documents préexistants. En fait, comme je l'ai fait remarquer dans l'arrêt *Thomson Newspapers*, précité, à la p. 588:

[. . .] une ordonnance enjoignant à un particulier ou à l'administrateur d'une société de produire des documents ne comporte pas de fabrication d'éléments de preuve; le particulier ou l'administrateur sert [TRADUCTION] «simple-ment d'intermédiaire» dans la livraison de dossiers déjà existants [. . .] En conséquence, il n'y a aucune suggestion que l'utilisation de ces éléments de preuve dans un procès subséquent porterait atteinte à l'équité des procédures.

Une ligne de démarcation claire doit être établie entre la production forcée de documents préexistants, d'une part, et la production forcée de documents constitués en vertu d'une obligation légale. Bien que, dans ce dernier cas, la production forcée de documents puisse effectivement susciter des craintes d'auto-incrimination étant donné que la personne les aura constitués sous la contrainte de l'État, il est évident que le premier scénario ne devrait pas susciter de telles craintes puisque les documents en question n'ont alors pas été constitués sous une telle contrainte.

[40] L'avocat d'Air Canada prétend que, pour répondre à plusieurs des questions de l'ordonnance du

12, 2000, order requires the creation of documents that did not previously exist, and thus offends the guarantee that one cannot be required to produce self-incriminating evidence. Counsel for Air Canada argues that any question that requires some analysis, some work on the part of the person under inquiry is unconstitutional; that is, that it goes against the caveats articulated in *Thomson* and *Branch*.

[41] I do not find it necessary to consider the argument that the constitutional guarantee does not apply in the present case, because the information that Air Canada is being required to produce, is for the purposes of an inquiry only, not for the purpose of a prosecution. This is because, in any event, I do not think the information that Air Canada is being asked to produce falls within the category of a self-incriminating disclosure.

[42] Counsel for the Commissioner gave a very apt illustration. If one is asked to produce a net worth statement, the document itself may not be pre-existing, but the information is, and this will be found in a number of already existing sources. To be required to respond to a written interrogatory requiring one to disclose one's net worth, may require the creation of a document that did not exist before, but all that is being disclosed is pre-existing documentary or computer recorded information.

[43] The information that Air Canada is being required to produce, pursuant to paragraph 11(1)(c) is not different in kind from that held to be compellable in *Thomson*. It is only different in form; it is to be produced as an answer to written interrogatories, rather than orally through the discovery of various employees and officers of Air Canada, or through the production of quantities of files, computer hard drives and the like.

[44] The production of the information in a "new" documentary form is, in part, the result of information now being kept in electronic form. To protect that information from disclosure, on the ground that it was

12 juin 2000, il faut créer des documents qui n'existaient pas auparavant, ce qui se trouve à violer la garantie qu'a un particulier de ne pas être tenu de produire des éléments de preuve l'incriminant. Il fait valoir que toutes les questions qui demandent une certaine analyse ou quelque travail de la part de la personne sous enquête sont inconstitutionnelles, c'est-à-dire qu'elles vont à l'encontre des mises en garde élaborées dans les arrêts *Thomson* et *Branch*.

[41] Je ne crois pas qu'il soit nécessaire de traiter de l'argument voulant que la garantie constitutionnelle ne s'applique pas à la présente affaire parce que les renseignements qu'Air Canada est tenue de produire ne serviront que pour les fins d'une enquête et non pour une poursuite pénale. De toute façon, je ne crois pas que les renseignements qu'Air Canada serait tenue de produire constituent une divulgation auto-incriminante.

[42] L'avocat du commissaire en a fait une illustration très habile. Si quelqu'un est requis de produire un état de la valeur nette de son patrimoine, le document lui-même peut ne pas exister mais les renseignements existent et se retrouvent dans diverses sources déjà existantes. Pour répondre à un interrogatoire écrit qui lui demande de produire son état de la valeur nette de son patrimoine, un particulier peut devoir créer un document qui n'existait pas auparavant, mais tout ce qu'il divulgue sont des renseignements qui se trouvent déjà dans des documents ou des fichiers d'ordinateurs.

[43] Les renseignements qu'Air Canada est tenue de produire en application de l'alinéa 11(1)c) ne sont pas d'une espèce différente de ceux qui devaient être fournis dans l'arrêt *Thomson*. Seule la forme est différente, ils doivent être produits en réponse à des interrogatoires écrits plutôt que dans le cadre de l'interrogatoire préalable d'employés et de dirigeants d'Air Canada ou au moyen de la production de multiples dossiers, de fichiers informatiques et autres documents semblables.

[44] La production des renseignements sous une «nouvelle» forme documentaire résulte en partie du fait que les renseignements sont maintenant conservés sous forme électronique. Interdire la divulgation de ces

not previously in a documentary form, could effectively prevent the Commissioner from undertaking his statutory duties of inquiry.

[45] Counsel for Air Canada argues that even if the particular order in this case does not compel the production of anything other than pre-existing information, paragraph 11(1)(c) on its face allows the granting of an order that could compel the production of self-incriminating evidence. It is noted that the Court is not entitled to read down legislative provisions to save them from being unconstitutional.

[46] Paragraph 11(1)(c) must be read in the context of section 11 as a whole. Paragraph 11(1)(a) requires the attendance of individuals to give information on oath. Paragraph 11(1)(c) is of a similar nature except that it seeks answers in writing. The difference between the two is the form in which the information is provided, orally in one case, in writing in the other. The use of written interrogatories is a common procedure, and is usually considered to be less intrusive and burdensome than oral examination.

[47] The fact that some work may be involved in answering interrogatories does not make paragraph 11(1)(c) different in kind from paragraphs 11(1)(a) and 11(1)(b). Both these provisions can lead to employees and officers of a corporation being required to undertake activities in which they would not otherwise engage (for example, searching through filing cabinets in order to locate documents).

[48] Lastly, while I have not referred to the analysis set out in *Samson v. Canada*, [1995] 3 F.C. 306 (C.A.), that decision is highly relevant to the present arguments, and supports the Commissioner's position. I cannot conclude that paragraph 11(1)(c) is unconstitutional.

#### Motion not heard by issuing judge

[49] A motion to vary or set aside an order should be brought before the judge who made that order. In

renseignements au motif qu'ils n'existaient pas auparavant sous forme documentaire, pourrait effectivement empêcher le commissaire de remplir son obligation légale d'enquêter.

[45] L'avocat d'Air Canada prétend que même si l'ordonnance rendue en l'instance n'oblige pas à produire autre chose que des renseignements déjà existants, l'alinéa 11(1)(c), à sa face même, permet de rendre une ordonnance qui forcerait la production d'éléments de preuve auto-incriminants. Il souligne que la Cour n'a pas le pouvoir d'atténuer la portée d'une disposition législative pour empêcher qu'elle ne soit inconstitutionnelle.

[46] L'alinéa 11(1)(c) doit être interprété dans le contexte de l'article 11 dans son ensemble. L'alinéa 11(1)(a) exige des particuliers qu'ils comparaissent pour témoigner sous serment. L'alinéa 11(1)(c) est de même nature sauf qu'il demande des réponses écrites. La différence entre les deux n'est que la forme sous laquelle les renseignements sont fournis, oralement dans un cas, par écrit dans l'autre. L'utilisation de l'interrogatoire écrit est une procédure courante et elle est habituellement considérée comme moins intrusive et onéreuse qu'un interrogatoire oral.

[47] Le fait qu'il faille faire un certain travail pour répondre aux interrogatoires ne rend pas l'alinéa 11(1)(c) différent des alinéas 11(1)(a) et 11(1)(b). Ces deux dispositions permettent de contraindre des employés ou des dirigeants d'une société à entreprendre des activités qu'ils ne font habituellement pas (par exemple, rechercher des documents dans des classeurs).

[48] Enfin, bien que je n'aie pas mentionné l'analyse exposée dans l'arrêt *Samson c. Canada*, [1995] 3 C.F. 306 (C.A.), cette décision est des plus pertinentes aux présents arguments et appuie la position du commissaire. Je ne peux pas conclure que l'alinéa 11(1)(c) est inconstitutionnel.

#### Requête non entendue par le juge qui a rendu l'ordonnance

[49] Une requête en modification ou en annulation d'une ordonnance devrait être soumise au juge qui a

exceptional circumstances this is not possible (see *Indian Manufacturing Ltd. v. Lo* (1997), 75 C.P.R. (3d) 338 (F.C.A.)). In the present case, Madam Justice Tremblay-Lamer did not hear this motion to vary or set aside her order because of concerns that she could be perceived to be in a conflict of interest situation. Counsel for Air Canada is now involved in the case, and that counsel is a member of the Stikeman Elliott firm. Thus, exceptional circumstances exist that require the motion to be heard by another judge.

#### Conclusion

[50] For the reasons given, the motion to set aside or vary the order of June 12, 2000, will be dismissed.

rendu cette ordonnance. Dans des circonstances exceptionnelles cela n'est pas possible (voir *Indian Manufacturing Ltd. c. Lo* (1997), 75 C.P.R. (3d) 338 (C.A.F.)). En l'espèce, le juge Tremblay-Lamer n'a pas entendu cette requête en modification ou en annulation de son ordonnance pour éviter tout risque d'être perçue comme étant en conflit d'intérêts. Air Canada a maintenant un avocat au dossier et celui-ci est membre du bureau Stikeman Elliott. Ainsi, des circonstances exceptionnelles requièrent que la requête soit entendue par un autre juge.

#### Conclusion

[50] Pour ces motifs, la requête en modification et en annulation de l'ordonnance du 12 juin 2000 est rejetée.

T-110-00

Fédération Franco-Ténoise, Éditions franco-ténoises/L'Aquilon, Fernand Denault, Suzanne Houde, Nadia Laquerre, André Légaré and Pierre Ranger (*Plaintiffs*)

v.

Her Majesty the Queen, Attorney General of Canada, Commissioner of the Northwest Territories, the Speaker of the Legislative Assembly of the Northwest Territories, and the Languages Commissioner of the Northwest Territories (*Defendants*)

**INDEXED AS: FÉDÉRATION FRANCO-TÉNOISE v. CANADA (T.D.)**

Trial Division, Rouleau J.—Yellowknife, Northwest Territories, June 13 and 14; Ottawa, September 8, 2000.

*Federal Court jurisdiction — Trial Division — Motion to strike statement of claim seeking declarations defendants to meet obligations to protect linguistic minorities in N.W.T. as mandated by Charter, federal, Northwest Territories' Official Languages Acts on ground Federal Court lacking jurisdiction — Motion dismissed — First requirement of test for jurisdiction set out in ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al. met — Statutory grant of jurisdiction over Queen by federal Parliament found in Federal Court Act, s. 17(1), conferring concurrent original jurisdiction on F.C.T.D. in all cases where relief claimed against Crown — S. 17 also satisfying statutory grant of jurisdiction over Commissioner of N.W.T., Governor in Council appointee to administer government of N.W.T., and Languages Commissioner, part of federal Crown under N.W.T. Official Languages Act, ss. 18, 19 — Speaker of Legislative Assembly of N.W.T., part of federal Crown as elected pursuant to Legislative Assembly and Executive Council Act, s. 39, and pursuant to s. 47(4) may sue, be sued in civil actions on behalf of Legislative Assembly — Second requirement of existing body of federal law essential to disposition of case and nourishing statutory grant of jurisdiction met as action based on Charter, Official Languages Act — Also directly linked to laws enacted by N.W.T. dealing with official languages — Such ordinances neither provincial nor federal statutes, but could be federal laws — Third requirement, that law on which case based "law of Canada" within Constitution Act, 1867, s. 101, met — Exclusion of N.W.T. by Parliament from ambit of Official Languages Act subject of dispute — Northwest Territories Act federal statute from which*

T-110-00

Fédération Franco-Ténoise, Éditions franco-ténoises/L'Aquilon, Fernand Denault, Suzanne Houde, Nadia Laquerre, André Légaré et Pierre Ranger (*demandeurs*)

c.

Sa Majesté la Reine, Procureure générale du Canada, Commissaire des Territoires du Nord-Ouest, Président de l'Assemblée législative des Territoires du Nord-Ouest et Commissaire aux langues des Territoires du Nord-Ouest (*défendeurs*)

**RÉPERTORIÉ: FÉDÉRATION FRANCO-TÉNOISE c. CANADA (1<sup>re</sup> INST.)**

Division de première instance, juge Rouleau—Yellowknife, Territoire du Nord-Ouest, 13 et 14 juin; Ottawa, 8 septembre 2000.

*Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Requête en radiation de la déclaration réclamant des déclarations selon lesquelles les défendeurs n'ont pas respecté leurs obligations de protection des minorités linguistiques des T.N.-O. imposées par la Charte, les Lois sur les langues officielles du gouvernement fédéral et des Territoires du Nord-Ouest au motif que la Cour fédérale n'a pas compétence — Requête rejetée — La première condition du critère de compétence établi dans ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre est remplie — L'attribution légale de compétence en ce qui concerne la Reine par le Parlement fédéral se trouve à l'art. 17(1) de la Loi sur la Cour fédérale, qui confère à la Section de première instance de la Cour fédérale compétence concurrente, en première instance, dans les cas de demande de réparation contre la Couronne — L'art. 17 est également la disposition attributive de compétence en ce qui concerne le Commissaire des T.N.-O., nommé par le gouverneur en conseil pour exercer le gouvernement des T.N.-O., et le commissaire aux langues officielles, qui fait partie de la Couronne fédérale en vertu des art. 18 et 19 de la Loi sur les langues officielles des T.N.-O. — Le président de l'Assemblée législative des T.N.-O. fait partie de la Couronne fédérale puisqu'il est nommé conformément à l'art. 39 de la Loi sur l'Assemblée législative et le Conseil exécutif et, aux termes de l'art. 47(4), il représente l'Assemblée législative pour fins d'actions civiles — La deuxième condition, concernant l'existence d'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, est remplie, étant donné que l'action est fondée sur la*

*legislative powers of N.W.T. Commissioner flowing.*

*Official Languages — Motion to strike, for want of jurisdiction, action for declarations obligation to ensure equality for linguistic minorities in N.W.T. not met — Federal Official Languages Act not extending to N.W.T. — Canada having agreed to pay for French services there — N.W.T. Official Languages Act not a “law of Canada” within Constitution Act, 1867, s. 101 but can be “federal law” — F.C.T.D. has jurisdiction to entertain claim against Languages Commissioner, appointed by Commissioner of N.W.T., as part of federal Crown within Federal Court Act, s. 17(1).*

*Practice — Parties — Motion to strike Attorney General as party to action for declarations defendants failed to meet obligations to ensure equality for linguistic minorities in N.W.T. as mandated by Charter, federal, Northwest Territories’ Official Languages Acts — Under Federal Court Act, s. 48, schedule thereto, proceeding against Crown must be brought against Queen in right of Canada — As no allegation against Attorney General, removed as party pursuant to discretion under Federal Court Rules, 1998, r. 104.*

*Practice — Affidavits — Motion to strike portions of affidavit on ground hearsay, largely historical information — Motion dismissed because case involving constitutional issues, affidavit relatively reliable, necessary.*

This was a motion to strike a statement of claim seeking declarations that the defendants have failed to meet their obligations to ensure equality for linguistic minorities as mandated by the Charter, the federal *Official Languages Act* and the Northwest Territories’ *Official Languages Act*. The

*Charte et la Loi sur les langues officielles — Cette affaire est aussi directement reliée aux règles de droit édictées par les T.N.-O. qui ont trait aux langues officielles — Ces ordonnances ne sont ni des lois provinciales ni des lois fédérales, mais elles pourraient être des règles de droit fédérales — La troisième condition, savoir que la loi invoquée doit être une «loi du Canada» au sens de l’art. 101 de la Loi constitutionnelle de 1867, est remplie — C’est l’exclusion, par le Parlement, des T.N.-O. du champ d’application de la Loi sur les langues officielles qui est en cause — La Loi sur les Territoires du Nord-Ouest est une loi fédérale de laquelle découlent les pouvoirs législatifs du commissaire des T.N.-O.*

*Langues officielles — Requête en radiation, pour absence de compétence, de l’action dans laquelle on réclame des déclarations selon lesquelles l’obligation d’assurer l’égalité aux minorités linguistiques des T.N.-O. n’a pas été remplie — La Loi fédérale sur les langues officielles ne s’applique pas aux T.N.-O. — Le Canada a accepté de payer pour la prestation de services en français dans les Territoires — La Loi sur les langues officielles des T.N.-O. n’est pas une «loi du Canada» au sens de l’art. 101 de la Loi constitutionnelle de 1867, mais elle pourrait être une «règle de droit fédérale» — La Section de première instance de la Cour fédérale a compétence pour entendre la réclamation contre le commissaire aux langues, nommé par le commissaire des T.N.-O., étant donné que celui-ci fait partie de la Couronne fédérale au sens de l’art. 17(1) de la Loi sur la Cour fédérale.*

*Pratique — Parties — Requête en radiation de la procureure générale des actes de procédure de l’action réclamant des déclarations selon lesquelles les défendeurs n’ont pas respecté leurs obligations de protection des minorités linguistiques des T.N.-O. imposées par la Charte, la Loi fédérale sur les langues officielles et la Loi sur les langues officielles des T.N.-O. — En vertu de l’art. 48 de la Loi sur la Cour fédérale et de l’annexe correspondante, les poursuites contre la Couronne doivent être intentées contre Sa Majesté la Reine du chef du Canada — Comme il n’y a pas d’allégation contre la procureure générale, le nom de cette dernière est radié des actes de procédure, conformément au pouvoir discrétionnaire conféré par la règle 104 des Règles de la Cour fédérale (1998).*

*Pratique — Affidavits — Requête en radiation de certaines parties d’un affidavit au motif qu’il est constitué en grande partie de oui-dire et de détails historiques — La requête est rejetée compte tenu qu’il s’agit d’une question constitutionnelle et compte tenu de la relative fiabilité et nécessité de l’affidavit.*

Il s’agit d’une requête en radiation d’une déclaration réclamant des déclarations selon lesquelles les défendeurs n’ont pas respecté leurs obligations de protection des minorités linguistiques imposées par la Charte, la Loi fédérale sur les langues officielles et la *Loi sur les langues*



federal *Official Languages Act*, the mechanism chosen by the Canadian government to promote the language rights established in the Charter, does not apply to the Government of the Northwest Territories. Instead, the Government of Canada entered into an agreement to provide the entire cost of providing services to the public in French and of implementing French as an official language of the Northwest Territories. The defendants argued that the Federal Court lacked jurisdiction to hear the case, moved for a stay of proceedings under *Federal Court Act*, paragraph 50(1)(b), which gives the Court discretion to stay proceedings in the interest of justice, and moved to remove the Attorney General as a party to the proceedings.

The plaintiffs moved to strike out portions of the defendants' affidavit, which consisted largely of hearsay and detailed historical information about the Northwest Territories.

*Held*, the motion to remove the Attorney General as a party should be allowed, and the other motions dismissed.

The requirements set out by the Supreme Court of Canada in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.* were applied to each defendant to determine whether the Court had jurisdiction over them. Those requirements are: (1) a statutory grant of jurisdiction by the federal Parliament; (2) an existing body of federal law which is essential to the disposition of the case and which nourishes the statutory grant of jurisdiction; and (3) the law on which the case is based must be "a law of Canada" as that phrase is used in the *Constitution Act, 1867*.

The Court had jurisdiction to hear the claim against the Crown. The statutory grant of jurisdiction concerning The Queen is found in *Federal Court Act*, subsection 17(1), which confers concurrent original jurisdiction on the Trial Division in all cases where relief is claimed against the Crown. While the action is based on the Charter and the *Official Languages Act*, it is also directly linked to the laws enacted by the Legislative Assembly of the Northwest Territories dealing with official languages. In light of the Territories' present constitutional status, that is, possessing several characteristics of a province without actually being one, ordinances enacted by the Legislative Assembly of the Territories are not provincial statutes. Clearly, they cannot constitute "territorial" statutes because the Constitution of Canada provides for only two types of statutes — provincial or federal. However, ordinances enacted by the Territories could constitute, at a minimum, federal law. The third condition was also met. The exclusion of the Northwest Territories by Parliament from the ambit of the *Official Languages Act* was the subject of the current dispute. The

*officielles* des T.N.-O. La Loi fédérale sur les langues officielles, qui est le mécanisme choisi par le gouvernement canadien pour faire valoir les droits linguistiques établis dans la Charte, ne s'applique pas au gouvernement des Territoires du Nord-Ouest. Le gouvernement du Canada a plutôt conclu une entente par laquelle il assume tous les coûts relatifs à la prestation de services en français au public ainsi que les coûts relatifs à l'application du français comme langue officielle dans les T.N.-O. Les défendeurs ont fait valoir que la Cour fédérale n'avait pas compétence pour entendre la cause et demandé par voie de requête la suspension de l'instance en vertu de l'alinéa 50(1)(b) de la *Loi sur la Cour fédérale*, qui donne à cette dernière le pouvoir discrétionnaire de suspendre les procédures lorsque l'intérêt de la justice l'exige; ils ont aussi demandé la radiation de la procureure générale des actes de procédure.

Les demandeurs ont déposé une requête pour faire radier certaines parties de l'affidavit des défendeurs, qui est constitué en grande partie de oui-dire et de détails historiques sur la situation des Territoires du Nord-Ouest.

*Jugement*: La requête concernant la radiation de la procureure générale des actes de procédure doit être accueillie et les autres requêtes rejetées.

Les conditions énoncées par la Cour suprême du Canada dans *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, ont été appliquées à chacun des défendeurs pour déterminer si la Cour avait compétence à leur égard. Ces conditions sont les suivantes: 1) une attribution de compétence par une loi du Parlement fédéral; 2) 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; et 3) la loi invoquée dans l'affaire doit être «une loi du Canada» au sens où cette expression est utilisée dans la *Loi constitutionnelle de 1867*.

La Cour a compétence pour entendre la réclamation contre la Couronne. C'est le paragraphe 17(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* qui est la disposition attributive de compétence en ce qui concerne la Couronne; ce paragraphe confère à la Section de première instance compétence concurrente, en première instance, dans les cas de demande de réparation contre la Couronne. Bien que l'action soit fondée sur la Charte et la *Loi sur les langues officielles*, elle est aussi directement reliée aux règles de droit édictées par l'Assemblée législative des Territoires du Nord-Ouest qui ont trait aux langues officielles. Compte tenu du statut constitutionnel qu'ont les Territoires à l'heure actuelle, c'est-à-dire qu'ils possèdent plusieurs attributs d'une province sans toutefois en constituer une, les ordonnances édictées par l'Assemblée législative des Territoires ne sont pas des lois provinciales. Elles ne peuvent manifestement pas constituer des lois «territoriales» puisque la Constitution du Canada n'admet que deux types de lois: provinciales ou fédérales. Toutefois, les ordonnances édictées par les Territoires peuvent constituer, à tout le moins, des règles de droit fédérales. La

Northwest Territories *Official Languages Act* is not a “law of Canada” within the meaning of *Constitution Act, 1867*, section 101 but is “territorial law” which can only be “federal law”, which is not necessarily the same as a “federal statute” or a “law of Canada”.

The Commissioner of the Northwest Territories, appointed by the Governor in Council to administer the government of the Territories under instructions from time to time given by the Governor in Council, is ultimately a representative of the federal Crown. The first condition of the *Miida Electronics* test was met because the Commissioner was part of the Crown within the meaning of subsection 17(1). The existing body of law which formed the basis of the Court’s jurisdiction and which was essential to the disposition of the case was all law enacted by the Legislative Assembly of the Northwest Territories, including the *Official Languages Act*. The third condition was met by the *Northwest Territories Act*, the federal statute from which all legislative powers of the Northwest Territories Commissioner flow.

The Court had jurisdiction to hear the claim against the Languages Commissioner, appointed by the Commissioner of the Northwest Territories to ensure recognition of the rights, status and privileges of each of the official languages. It was clear from *Official Languages Act* of the Northwest Territories, sections 18 and 19 that the Languages Commissioner is part of the federal Crown, within the meaning of *Federal Court Act*, subsection 17(1). The Speaker of the Legislative Assembly of the Northwest Territories is elected pursuant to *Legislative Assembly and Executive Council Act*, subsection 39(1), and pursuant to subsection 47(4) thereof, may sue or be sued in civil actions, for and on behalf of the Legislative Assembly of the Northwest Territories. The Speaker is thus part of the federal Crown. The other two branches of the *Miida Electronics* test had been met as discussed above.

In light of the finding with respect to jurisdiction, the motion to stay proceedings should be dismissed.

Under *Federal Court Act*, section 48 and the attached schedule, a proceeding against the Crown must be brought against The Queen in right of Canada. As no allegation was made against the Attorney General, her naming as a party was unnecessary. Pursuant to the Court’s discretion to remove parties under rule 104, the Attorney General was removed as a party and the style of cause amended accordingly.

Because the case involves constitutional issues, and the affidavit was relatively reliable and necessary, the defendants’ affidavit was accepted for filing with the Court.

troisième condition est également remplie. Ce qui est en cause, c’est l’exclusion, par le Parlement, des Territoires du champ d’application de la *Loi sur les langues officielles*. La *Loi sur les langues officielles* des Territoires du Nord-Ouest n’est pas une «loi du Canada» au sens de l’article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, mais constitue plutôt une règle de «droit territorial» qui ne peut être qu’une règle de «droit fédéral», ce qui n’est pas nécessairement la même chose qu’une «loi fédérale» ou qu’une «loi du Canada».

Le commissaire des Territoires du Nord-Ouest, nommé par le gouverneur en conseil pour exercer le gouvernement des Territoires suivant les instructions de ce dernier, est en définitive un représentant de la Couronne fédérale. La première condition du critère énoncé dans *Miida Electronics* est remplie parce que le commissaire fait partie de la Couronne au sens du paragraphe 17(1). L’ensemble de règles qui fondent la compétence de la Cour et qui sont essentielles à la solution du litige sont toutes les règles édictées par l’Assemblée législative des T.N.-O., notamment la *Loi sur les langues officielles*. La troisième condition se trouve remplie par la *Loi sur les Territoires du Nord-Ouest*, qui est la loi fédérale de laquelle découlent tous les pouvoirs législatifs que possède le commissaire des T.N.-O.

La Cour a compétence pour entendre la réclamation contre le commissaire aux langues, nommé par le commissaire des T.N.-O. pour assurer la reconnaissance des droits, du statut et des privilèges liés à chacune des langues officielles. Il ressort donc clairement des articles 18 et 19 de la *Loi sur les langues officielles* des T.N.-O. que le commissaire aux langues fait partie de la Couronne fédérale au sens du paragraphe 17(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*. Le président de l’Assemblée législative des T.N.-O. est nommé en vertu du paragraphe 39(1) de la *Loi sur l’Assemblée législative et le Conseil exécutif* et, aux termes du paragraphe 47(4) de cette même loi, il représente l’Assemblée législative des T.N.-O. pour fins d’actions civiles. Le président fait donc partie de la Couronne fédérale. Les deux autres aspects du critère de *Miida Electronics* sont remplis comme il a été indiqué ci-dessus.

À la lumière de la conclusion concernant la compétence, la requête en exception déclinatoire devrait être rejetée.

En vertu de l’article 48 de la *Loi sur la Cour fédérale* et de l’annexe correspondante, une procédure contre la Couronne doit être intentée contre Sa Majesté la Reine du chef du Canada. Comme il n’y a pas d’allégation contre la procureure générale, l’ajout de son nom en tant que défenderesse est inutile. En vertu du pouvoir discrétionnaire que confère la règle 104 à la Cour de mettre certaines parties hors de cause, le nom de la procureure générale est rayé des actes de procédure et l’intitulé de la cause est modifié en conséquence.

Compte tenu qu’il s’agit d’une affaire constitutionnelle et compte tenu de la relative fiabilité et nécessité de l’affidavit, la Cour accepte le dépôt de l’affidavit des défendeurs.

## 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. 24(1), 32.

*Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], s. 101.

*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 17(1) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 3), 48, 50(1)(b).

*Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, r. 104.

*Legislative Assembly and Executive Council Act*, R.S.N.W.T. 1988, c. L-5, ss. 39(1), 47(4).

*Legislative Assembly and Executive Council Act*, S.N.W.T. 1999, c. 22.

*Northwest Territories Act*, R.S.C., 1985, c. N-27, ss. 3, 5, 6, 16, 21.

*Official Languages Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31.

*Official Languages Act*, R.S.N.W.T. 1988, c. O-1, ss. 18 (as am. by R.S.N.W.T. 1988 (Supp.), c. 56, s. 15), 19 (as am. *idem*).

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241; *Bradasch v. Warren et al.*, [1990] 3 F.C. 32; (1990), 111 N.R. 149 (C.A.).

## CONSIDERED:

*Northwest Territories v. Public Service Alliance of Canada*, [1999] F.C.J. No. 1970 (T.D.) (QL).

MOTION by defendants to strike the statement of claim, for a stay of proceedings under *Federal Court Act*, paragraph 50(1)(b), and to remove the Attorney General as a party to the action for declarations that the defendants have failed to meet their obligations to ensure equality for linguistic minorities in the Northwest Territories as mandated by the Charter, the federal *Official Languages Act*; and motion by plaintiffs to strike portions of the defendants' affidavit,

## LOIS ET RÈGLEMENTS

*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 24(1), 32.

*Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), annexe II, n° 5], art. 101.

*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 17(1) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 3), 48, 50(1)(b).

*Loi sur l'Assemblée législative et le Conseil exécutif*, L.R.T.N.-O. 1988, ch. L-5, art. 39(1), 47(4).

*Loi sur l'Assemblée législative et le Conseil exécutif*, L.T.N.-O. 1999, ch. 22.

*Loi sur les langues officielles*, L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 31.

*Loi sur les langues officielles*, L.R.T.N.-O. 1988, ch. O-1, art. 18 (mod. par L.R.T.N.-O. 1988 (suppl.), ch. 56, art. 15), 19 (mod., *idem*).

*Loi sur les Territoires du Nord-Ouest*, L.R.C. (1985), ch. N-27, art. 3, 5, 6, 16, 21.

*Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106, règle 104.

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241; *Bradasch c. Warren et autres*, [1990] 3 C.F. 32; (1990), 111 N.R. 149 (C.A.).

## DÉCISION EXAMINÉE:

*Territoires du Nord-Ouest c. Alliance de la fonction publique du Canada*, [1999] A.C.F. n° 1970 (1<sup>re</sup> inst.) (QL).

REQUÊTE présentée par les défendeurs en radiation de la déclaration, en suspension d'instance en vertu de l'alinéa 50(1)(b) de la *Loi sur la Cour fédérale* et en radiation de la procureure générale des actes de procédure afin d'obtenir des déclarations selon lesquelles les défendeurs n'ont pas respecté leurs obligations de protection des minorités linguistiques dans les Territoires du Nord-Ouest imposées par la Charte, la Loi fédérale sur les langues officielles; et requête

which consisted largely of hearsay and detailed historic information about the Northwest Territories. Motion to remove the Attorney General as a party was allowed, and the other motions were dismissed.

présentée par les demandeurs en radiation de certaines parties de l'affidavit des défendeurs, qui était constitué en grande partie de ouï-dire et de détails historiques sur la situation des Territoires du Nord-Ouest. La requête en radiation de la procureure générale des actes de procédure est accueillie et les autres requêtes sont rejetées.

APPEARANCES:

*Roger J. F. Lepage and Peter T. Bergbusch* for plaintiffs.

*Roger Tassé, Q.C. and Earl D. Johnson, Q.C.* for defendant Commissioner of the Northwest Territories.

*Alain Préfontaine and Cynthia C. Myslicki* for defendants Her Majesty the Queen and the Attorney General of Canada.

*Sheila M. MacPherson* for defendant Speaker of the Legislative Assembly of the Northwest Territories.

*Shannon Gullberg* for defendant The Languages Commissioner of the Northwest Territories.

ONT COMPARU:

*Roger J. F. Lepage et Peter T. Bergbusch*, pour les demandeurs.

*Roger Tassé, c.r. et Earl D. Johnson, c.r.*, pour le défendeur le commissaire des Territoires du Nord-Ouest.

*Alain Préfontaine, et Cynthia C. Myslicki* pour les défendeurs Sa Majesté la Reine et la procureure générale du Canada.

*Sheila M. MacPherson*, pour le défendeur, le président de l'Assemblée législative des Territoires du Nord-Ouest.

*Shannon Gullberg*, pour le défendeur, le commissaire aux langues des Territoires du Nord-Ouest.

SOLICITORS OF RECORD:

*Balfour Moss*, Regina, for plaintiffs.

*Gowling Lafleur Henderson LLP*, Ottawa, and *Earl D. Johnson, Q.C.*, Department of Justice (Northwest Territories) for defendant Commissioner of the Northwest Territories.

*Deputy Attorney General of Canada*, for defendants Her Majesty the Queen and the Attorney General of Canada.

*Shannon Gullberg*, Yellowknife, Northwest Territories for defendant The Languages Commissioner of the Northwest Territories.

*Gullberg, Wiest, MacPherson & Kay*, Yellowknife, Northwest Territories for defendant Speaker of the Legislative Assembly of the Northwest Territories.

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

[1] ROULEAU J.: As a result of an action launched by the plaintiffs, all the respondents filed motions contest-

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Balfour Moss*, Regina, pour les demandeurs.

*Gowling Lafleur Henderson LLP*, Ottawa, *Earl D. Johnson, c.r.*, Ministère de la Justice (Territoires du Nord-Ouest) pour le défendeur le commissaire des Territoires du Nord-Ouest.

*Le sous-procureur général du Canada*, pour les défenderesses Sa Majesté la Reine et la procureure générale du Canada.

*Shannon Gullberg*, Yellowknife, Territoires du Nord-Ouest pour le défendeur, le commissaire aux langues des Territoires du Nord-Ouest.

*Gullberg, Wiest, MacPherson & Kay*, Yellowknife, Territoires du Nord-Ouest, pour le défendeur le président de l'Assemblée législative des Territoires du Nord-Ouest.

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

[1] LE JUGE ROULEAU: Suite à l'action initiée par les demandeurs auprès de cette Cour, tous les défendeurs

ing the jurisdiction of this Court.

[2] Before giving my ruling on the defendants' motions, I consider it advisable to provide a brief summary of the main action between the parties.

[3] The plaintiff, La Fédération Franco-Ténoise (the FFT), a corporation duly constituted under the laws of the Northwest Territories (the N.W.T.), is the leading organization of the Francophone community in the N.W.T. Its goal is to foster a sense of belonging within that community and to enhance the vitality and development of French culture.

[4] The plaintiff, Les Éditions franco-ténoises/L'Aquilon (the Aquilon), a corporation duly constituted under the laws of the N.W.T., is a weekly newspaper that strives to keep the N.W.T. Francophone community informed and, in so doing, to enhance its continued vitality. The other plaintiffs are individual Francophones residing in the N.W.T.

[5] The defendant, the Speaker of the Legislative Assembly of the N.W.T. (the Speaker), is elected pursuant to subsection 39(1) of the *Legislative Assembly and Executive Council Act*, R.S.N.W.T. 1988, c. L-5 (the Legislative Assembly Act) and, pursuant to subsection 47(4) thereof, may sue or be sued in civil actions, for and on behalf of the Legislative Assembly of the N.W.T. (The 1988 Act is now repealed and replaced by S.N.W.T. 1999, c. 22.)

[6] The defendant, the Languages Commissioner of the N.W.T., is an officer of the Legislative Assembly and is appointed by the Commissioner of the N.W.T. Pursuant to the *Official Languages Act*, R.S.N.W.T. 1988, c. O-1 (the OLA), it is the duty of the Languages Commissioner to take all actions and measures within his or her authority with a view to ensuring recognition of the rights, status and privileges of each of the official languages.

[7] The defendant, the Commissioner of the N.W.T., administers the Government of the N.W.T. in accordance with the *Northwest Territories Act*, R.S.C., 1985, c. N-27 (the N.W.T.A.).

ont déposé des requêtes contestant la compétence de la Cour.

[2] Avant de me prononcer sur les requêtes présentées par les défendeurs, je juge nécessaire de faire un bref survol du litige principal qui oppose les parties.

[3] La demanderesse, la Fédération Franco-Ténoise (la FFT), est une société dûment constituée en vertu des lois des Territoires du Nord-Ouest (les T.N.-O.). La FFT est l'institution-clé de la communauté francophone aux T.N.-O. et son rôle est d'encourager l'épanouissement et le développement de la culture française et du sentiment d'appartenance à la communauté franco-ténoise.

[4] La demanderesse, Les Éditions franco-ténoises/L'Aquilon (l'Aquilon), est une société dûment constituée en vertu des lois des T.N.-O. La mission de cet hebdomadaire est d'informer la communauté franco-ténoise de façon à favoriser son épanouissement. Les autres demandeurs sont des particuliers, résidents des T.N.-O. et francophones.

[5] Le défendeur, président de l'Assemblée législative des T.N.-O. (le président), est élu en vertu du paragraphe 39(1) et peut être poursuivi en vertu du paragraphe 47(4) de la *Loi sur l'Assemblée législative et le Conseil exécutif*, L.R.T.N.-O. 1988, ch. L-5 (la Loi sur l'Assemblée législative), et représente l'Assemblée législative des T.N.-O. pour fins d'actions civiles. (La loi de 1988 est maintenant abrogée et remplacée par L.T.N.-O. 1999, ch. 22.)

[6] La défenderesse, commissaire aux langues des T.N.-O., est un officier de l'Assemblée législative des T.N.-O. nommé par le commissaire des T.N.-O. et elle est chargée, en vertu de la *Loi sur les langues officielles*, L.R.T.N.-O. (1988), ch. O-1 (la LLO), de prendre, dans le cadre de sa compétence, toutes les mesures visant à assurer la reconnaissance des droits, du statut et des privilèges liés à chacune des langues officielles.

[7] Le défendeur, le commissaire des T.N.-O., exerce généralement le gouvernement des T.N.-O. conformément à la *Loi sur les Territoires du Nord-Ouest*, L.R.C. (1985), ch. N-27 (la L.T.N.-O.).

[8] The plaintiffs contend that the Government of Canada, the Commissioner of the N.W.T., the Speaker of the Legislative Assembly of the N.W.T. and the Languages Commissioner of the N.W.T. have failed to meet their obligations to protect linguistic minorities as mandated by the Charter, the federal *Official Languages Act* and the OLA. Accordingly, they commenced an action in the Federal Court of Canada, seeking declarations to that effect as well as damages.

[9] The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985 Appendix II, No. 44] (the Charter) applies to the Parliament and Government of Canada, by virtue of section 32 thereof. The *Official Languages Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31 (the federal *Official Languages Act*), is the mechanism chosen by the Canadian government to promote the language rights established in the Charter. However, the federal *Official Languages Act* does not apply to any institution of the Council or Government of the N.W.T. To close this gap, the Government of Canada tabled a draft amendment to the N.W.T.A. in May 1984 which would have established a bilingual legislative and judicial system in the N.W.T. Faced with opposition from the N.W.T., the Government of Canada entered into an agreement with Territorial officials, whereby it assumed the entire cost of providing services to the public in French and of implementing French as an official language of the N.W.T.

[10] The defendants have raised an objection to jurisdiction, arguing that the Federal Court has jurisdiction over Her Majesty the Queen only and, therefore, cannot hear this case. The defendants have filed two other motions. I propose to deal first with the issue of jurisdiction.

[11] The Supreme Court of Canada reviewed the requirements necessary to establish jurisdiction in the Federal Court in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752 and stated at page 766:

[8] Les demandeurs prétendent que le gouvernement du Canada, le commissaire des T.N.-O., le président de l'assemblée législative des T.N.-O. et la commissaire aux langues des T.N.-O. ne respectent pas leurs obligations de protection des minorités linguistiques imposées par la Charte, la Loi fédérale sur les langues officielles et par la LLO. Ils ont donc intenté une action devant la Cour fédérale du Canada, réclamant des déclarations à cet effet ainsi que des dommages-intérêts.

[9] Le Parlement et le gouvernement du Canada sont assujettis à la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] (la Charte) en vertu de son article 32. La *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 31 (la *Loi fédérale sur les langues officielles*), est le mécanisme choisi par le gouvernement canadien pour faire valoir les droits linguistiques établis dans la Charte. La *Loi fédérale sur les langues officielles* exclut cependant de son champ d'application les institutions du conseil ou de l'administration des T.N.-O. Pour combler cette lacune, le gouvernement du Canada a déposé, en mai 1984, un projet de modification de la L.T.N.-O. qui aurait instauré un régime de bilinguisme législatif et judiciaire aux T.N.-O. Face à l'opposition des T.N.-O., le gouvernement du Canada a conclu une entente avec les autorités des T.N.-O. En vertu de cette entente, le gouvernement du Canada a assumé tous les coûts relatifs à la prestation de services en français au public ainsi que les coûts relatifs à l'application du français comme langue officielle des T.N.-O.

[10] Les défendeurs ont soulevé une exception déclinatoire, prétendant que la Cour fédérale n'avait juridiction que sur Sa Majesté la Reine et donc ne devrait pas entendre l'affaire. Deux autres requêtes ont été déposées par les défendeurs. Je me propose de disposer de la question de juridiction avant d'aborder les autres requêtes.

[11] La Cour suprême du Canada a réitéré les conditions nécessaires à la compétence de la Cour fédérale dans l'arrêt *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752, à la page 766:

The general extent of the jurisdiction of the Federal Court has been the subject of much judicial consideration in recent years. In *Quebec North Shore Paper Co. v. Canadian Pacific Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 1054, and in *McNamara Construction (Western) Ltd. v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 654, the essential requirements to support a finding of jurisdiction in the Federal Court were established. They are:

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*.

[12] In light of the above, the defendants’ status must be analysed individually to determine whether the Court has jurisdiction over each of them.

[13] The statutory grant of jurisdiction concerning the defendant Her Majesty the Queen is found in subsection 17(1) of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 3):

17. (1) Except as otherwise provided in this Act or any other Act of Parliament, the Trial Division has concurrent original jurisdiction in all cases where relief is claimed against the Crown.

[14] With respect to “the existing body of federal law which is essential to the disposition of the case and which nourishes the statutory grant of jurisdiction”, the Court has reviewed the constitutional status of the Northwest Territories to determine whether this body of law exists. In my view, while the plaintiffs’ action is based on the Charter and the federal *Official Languages Act*, it is also directly linked to the laws enacted by the Legislative Assembly of the Northwest Territories dealing with official languages.

[15] The Federal Court of Appeal considered the constitutional status of the Yukon in *Bradasch v. Warren et al.*, [1990] 3 F.C. 32. At pages 35-36,

L’étendue générale de la compétence de la Cour fédérale a été examinée à maintes reprises par les tribunaux ces dernières années. Dans l’arrêt *Quebec North Shore Paper Co. c. Canadien Pacifique Ltée*, [1977] 2 R.C.S. 1054, et dans l’arrêt *McNamara Construction (Western) Ltd. c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 654, on a établi les conditions essentielles pour pouvoir conclure à la compétence de la Cour fédérale. Ces conditions sont les suivantes:

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*.

[12] À la lumière de cet enseignement, il devient nécessaire d’examiner la situation des défendeurs individuellement afin de déterminer si la Cour a compétence sur chacun d’eux.

[13] C’est le paragraphe 17(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 3) qui est la disposition attributive de compétence en ce qui concerne la défenderesse Sa Majesté la Reine. Il se lit:

17. (1) Sauf disposition contraire de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, la Section de première instance a compétence concurrente, en première instance, dans les cas de demande de réparation contre la Couronne.

[14] Quant à «l’ensemble de règles de droit fédérales essentielles à la solution du litige et constituant le fondement de l’attribution légale de compétence», il est nécessaire de revenir sur le statut constitutionnel des Territoires du Nord-Ouest afin de déterminer si cet ensemble de règles existe. En effet, je suis d’avis que ce litige, en plus d’être fondé sur la Charte et la Loi fédérale sur les langues officielles, est directement relié aux règles de droit édictées par l’Assemblée législative des Territoires du Nord-Ouest et qui ont trait aux langues officielles.

[15] La Cour d’appel fédérale s’est penchée sur le statut constitutionnel du Yukon à l’occasion de l’affaire *Bradasch c. Warren et autres*, [1990] 3 C.F. 32.

Hugessen J.A. said:

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 . . . .

. . .

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.

[16] In a footnote, he added:

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.

[17] More recently, in *Northwest Territories v. Public Service Alliance of Canada*, [1999] F.C.J. No. 1970 (T.D.) (QL), Dubé J. wrote [at paragraphs 31-33]:

I cannot accept the argument of the GNWT [Government of the Northwest Territories] that there was an evolution to a separate Crown in the NWT and that this evolution towards responsible government would give rise to a separate entity placing the NWT on the same footing as the ten Canadian provinces . . . .

Undoubtedly, the powers and authority of the GNWT have increased over the years, but the source of its increased powers and authority remains the Federal Crown . . . . The *Northwest Territories Act* is purely a federal statute providing for a local government headed by a federal appointee. The NWT has not become a province by evolution but it is still a territory under simple delegation of power.

. . . the rule must be that the three territories are part of the Crown.

[18] Parliament delegated some of its legislative powers to the Territories in section 16 of the *Northwest Territories Act*:

Dans cette affaire, le juge Hugessen, J.C.A., s'exprimait comme suit, aux pages 35 et 36:

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 [. . .]

[. . .]

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 effet de la *Loi sur le Yukon*, une loi du Canada.

[16] Et, dans une note de bas de page, il ajoutait:

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.

[17] Plus récemment, le juge Dubé, dans l'affaire *Territoire du Nord-Ouest c. Alliance de la fonction publique du Canada*, [1999] A.C.F. n° 1970 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), écrivait [aux paragraphes 31 à 33]:

Je ne peux pas accepter l'argument du GTNO [gouvernement des Territoires du Nord-Ouest] qu'il y a eu une évolution vers une Couronne distincte dans les TNO et que cette évolution vers un gouvernement responsable a donné lieu à une entité distincte, ce qui a mis les TNO sur un pied d'égalité avec les dix provinces canadiennes.

Il ne fait aucun doute que les pouvoirs et la compétence législative du GTNO se sont accrues au fil des ans, mais leur source demeure la Couronne fédérale [. . .] La *Loi sur les Territoires du Nord-Ouest* n'est qu'une loi fédérale prévoyant la création d'un gouvernement local dirigé par une personne nommée par le gouvernement fédéral. Les TNO ne sont pas devenus une province par évolution, mais sont toujours un territoire en vertu d'une simple délégation de pouvoir.

[. . .] la règle doit être que les trois territoires font partie de la Couronne.

[18] Aux termes de l'article 16 de la *Loi sur les Territoires du Nord-Ouest*, le Parlement a délégué certains de ses pouvoirs législatifs aux autorités territoriales. L'article se lit:



16. The Commissioner in Council may, subject to this Act and any other Act of Parliament, make ordinances for the government of the Territories in relation to the following classes of subjects:

[19] Section 21 provides for the following procedure:

21. (1) A copy of every ordinance made by the Commissioner in Council shall be transmitted to the Governor in Council within thirty days after the passing thereof and shall be laid before both Houses of Parliament as soon as conveniently may be thereafter.

(2) Any ordinance or any provision of any ordinance may be disallowed by the Governor in Council at any time within one year after its passage.

[20] I note that a Territorial ordinance does not require Royal Assent in order to have the force of law, unlike an ordinary federal statute or even a provincial statute. It is, therefore, difficult for me to conclude that territorial ordinances constitute federal statutes. The parties did not argue before me the constitutional validity of a delegation by Parliament of such a legislative power. In light of the Territories' present constitutional status, that is, possessing several characteristics of a province without actually being one, I cannot find that the ordinances enacted by the Legislative Assembly of the Territories are provincial statutes. Clearly, they cannot constitute "territorial" statutes because the Constitution of Canada provides for only two types of statutes—provincial or federal (leaving aside the power Aboriginals may have to self-govern). I concede, however, that ordinances enacted by the Territories could constitute, at a minimum, federal law. The second condition laid down in *Miida Electronics* seems, therefore, to be met.

[21] It appears to me that the third condition has also been met. The plaintiffs seek, *inter alia*, a declaration to the effect that the Government of Canada has breached its linguistic obligations under the Charter and thus reneged on its commitment to enhance the vitality of the Francophone minority in the N.W.T., to

16. Sous réserve des autres dispositions de la présente loi et de toute autre loi fédérale, le commissaire en conseil peut, pour le gouvernement des territoires, prendre des ordonnances concernant les matières entrant dans les domaines suivants:

[19] L'article 21 prévoit des formalités additionnelles:

21. (1) Le texte de chaque ordonnance prise par le commissaire en conseil est transmis au gouverneur en conseil dans les trente jours pour dépôt devant les deux chambres du Parlement dans les meilleurs délais.

(2) Le gouverneur en conseil peut, dans l'année qui suit son adoption, désavouer une ordonnance ou l'une de ses dispositions.

[20] Je note immédiatement que pour qu'une ordonnance ait force de loi dans les Territoires, elle n'a pas besoin d'obtenir la sanction royale, contrairement à une loi fédérale ordinaire ou même à une loi provinciale, de sorte qu'il est difficile pour moi de considérer que les ordonnances territoriales constituent effectivement des lois fédérales. Les parties n'ont pas plaidé devant moi la validité constitutionnelle d'une délégation, par le Parlement, d'un tel pouvoir législatif. Compte tenu du statut constitutionnel qu'ont les Territoires à l'heure actuelle, c'est-à-dire qu'ils possèdent plusieurs attributs d'une province sans toutefois en constituer une, j'admets difficilement que les ordonnances édictées par l'Assemblée législative des Territoires puissent être des lois provinciales. Elles ne peuvent manifestement pas constituer des lois «territoriales» puisque la constitution du Canada n'admet que deux types de lois: provinciales ou fédérales (sauf peut-être le pouvoir qu'auraient les autochtones de se gouverner eux-mêmes). J'admets toutefois que les ordonnances édictées par les Territoires puissent constituer, à tout le moins, des règles de droit fédérales. La deuxième condition de l'arrêt *Miida Electronics* m'apparaît donc remplie.

[21] Quant à la troisième condition, elle m'apparaît également remplie. Les demandeurs recherchent, entre autres, une déclaration à l'effet que le gouvernement canadien a abdiqué ses obligations linguistiques imposées par la Charte et que, ce faisant, il a renié son engagement à favoriser l'épanouissement de la

support and assist its development and to foster the full recognition and use of French in Canadian society, as mandated by Part VII of the *Official Languages Act*, which is a federal statute. The plaintiffs claim damages against Her Majesty the Queen for failing to ensure equality for linguistic minorities. The remedy sought by the plaintiffs is set out in subsection 24(1):

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.

[22] The plaintiffs submit that the statute relied on in this case is the federal *Official Languages Act*. I do not agree. In this case, the legislative action of Parliament itself is at issue. Parliament expressly excluded the Northwest Territories from the application of the Act, leaving it to N.W.T. officials to establish a system for official languages. Parliament even entered into an agreement with Territorial officials to facilitate the creation of such a system. It is the legislative action itself that is the subject of the current dispute—the exclusion of the N.W.T. by Parliament from the ambit of the federal *Official Languages Act*.

[23] The parties also argue that the *Official Languages Act* of the Northwest Territories is itself a federal statute: since the N.W.T. does not constitute a province, territorial law is, of necessity, federal law. In my view, “territorial law” and “territorial statutes” must be distinguished, and the Constitution of Canada does not provide for the existence of “territorial statutes”. On the other hand, “territorial law” can certainly exist, just as “municipal law” can exist in a province. However, municipal by-laws do not constitute “statutes” since they do not receive Royal Assent. Therefore, I am of the view that the Official Languages “Act” of the N.W.T. does not constitute a “law of Canada” within the meaning of section 101 of the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.)] (as

minorité francophone aux T.N.-O., à appuyer son développement et à promouvoir la pleine reconnaissance et l’usage du français dans la société canadienne, tel que l’exige la partie VII de la *Loi sur les langues officielles* du Canada, une loi fédérale. Les demandeurs réclament à Sa Majesté la Reine le paiement de dommages-intérêts en raison du non-respect de l’obligation d’assurer l’égalité aux minorités linguistiques. Le recours exercé par les demandeurs est celui prévu au paragraphe 24(1):

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.

[22] Les demandeurs ont soumis que «la loi invoquée dans la présente affaire» était la Loi fédérale sur les langues officielles. Je ne suis pas d’accord. Ce qui est en cause, dans la présente affaire, c’est l’action législative du Parlement elle-même. Le Parlement a expressément exclu les Territoires du Nord-Ouest du champ d’application de cette Loi et a plutôt laissé aux autorités des Territoires le soin d’aménager un régime concernant les langues officielles. Le Parlement a même conclu une entente avec les autorités territoriales pour faciliter la mise en place d’un tel régime. Ce qui est contesté dans la présente affaire, c’est l’action législative elle-même. Ainsi, c’est l’exclusion des T.N.-O., par le Parlement, de l’application de sa Loi fédérale sur les langues officielles qui est directement en cause.

[23] Les parties ont également plaidé que la *Loi sur les langues officielles* des Territoires du Nord-Ouest était elle-même une loi fédérale, puisque les T.N.-O. ne constituaient pas une province et que le droit territorial était nécessairement du droit fédéral. Je crois nécessaire de faire une distinction entre le «droit territorial» et les «lois territoriales». À mon avis, la Constitution canadienne ne permet pas l’existence de «lois territoriales». Par contre, des règles de «droit territorial» peuvent certes exister, au même titre que des règles de «droit municipal» peuvent exister dans une province. Les règlements municipaux ne constituent toutefois pas des «lois», puisqu’ils ne reçoivent pas la sanction royale. Je crois donc que la «Loi» sur les langues officielles des T.N.-O. ne constitue pas une

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]], but rather constitutes “territorial law”, which can only be “federal law”, which is not necessarily the same as a “federal statute” or a “law of Canada”.

[24] I am of the view that this Court has jurisdiction to hear the claim against the Crown under these circumstances.

[25] The N.W.T.A. confers on government institutions of the N.W.T. the power to legislate and to act in place of the Canadian government in numerous subject areas. It is true, nonetheless, that the Commissioner of the N.W.T., the Government of the N.W.T. and the Legislative Assembly of the N.W.T. are federal government entities. The laws that they enact on behalf of the Government of the N.W.T. are federal laws. It is clear from the following provisions of the N.W.T.A. that the Commissioner of the N.W.T. is, ultimately, a representative of the federal Crown:

3. The Governor in Council may appoint for the Territories a chief executive officer called the Commissioner of the Northwest Territories.

. . .

5. The Commissioner shall administer the government of the Territories under instructions from time to time given by the Governor in Council or the Minister.

6. The executive powers that were, immediately before September 1, 1905, vested by any laws of Canada in the Lieutenant Governor of the Northwest Territories or in the Lieutenant Governor of the Northwest Territories in Council shall be exercised by the Commissioner so far as they are applicable to and capable of being exercised in relation to the government of the Territories as it is constituted at the time of the exercise of those powers.

[26] It follows that the three-pronged *Miida Electronics* test must be applied.

[27] There is no doubt that the Commissioner of the Northwest Territories is part of the Crown within the meaning of subsection 17(1) of the *Federal Court Act*,

«loi du Canada» au sens de l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1 [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]], mais constitue plutôt une règle de «droit territorial» qui ne peut être qu'une règle de «droit fédéral», ce qui n'est pas nécessairement la même chose qu'une «loi fédérale» ou qu'une «loi du Canada».

[24] Je suis d'avis que cette Cour a compétence pour entendre la réclamation contre la Couronne dans ces circonstances.

[25] La L.T.N.-O. confère aux institutions gouvernementales des T.N.-O. le pouvoir de légiférer et d'agir à la place du gouvernement canadien dans de nombreux domaines. Il n'en demeure pas moins que le commissaire des T.N.-O., le gouvernement des T.N.-O. et l'Assemblée législative des T.N.-O. sont des entités gouvernementales fédérales. Les règles qu'ils édictent pour le gouvernement des T.N.-O. sont des règles de droit fédérales. Le commissaire des T.N.-O. est, en définitive, un représentant de la Couronne fédérale, comme le laissent clairement voir les dispositions suivantes de la L.T.N.-O.:

3. Le gouverneur en conseil peut nommer le commissaire des Territoires du Nord-Ouest; celui-ci est le premier dirigeant des territoires.

[. . .]

5. Le commissaire exerce le gouvernement des territoires suivant les instructions du gouverneur en conseil ou du ministre.

6. Le commissaire exerce le pouvoir exécutif dévolu de droit, au 31 août 1905, au lieutenant-gouverneur des Territoires du Nord-Ouest ou au lieutenant-gouverneur en conseil des Territoires du Nord-Ouest dans la mesure où ce pouvoir s'applique au gouvernement des territoires, tel qu'il est constitué au moment de son exercice.

[26] Il s'ensuit qu'il faut appliquer le test en trois étapes énoncé dans l'arrêt *Miida Electronics*.

[27] Il ne fait aucun doute que le commissaire des Territoires du Nord-Ouest fait partie de la Couronne au sens du paragraphe 17(1) de la *Loi sur la Cour*

and, therefore, the first condition is met.

[28] With respect to the existing body of law which forms the basis of the Court's jurisdiction and which is essential to the disposition of the case, this case concerns all law enacted by the Legislative Assembly of the N.W.T. including, despite its deceptive name, the *Official Languages Act* of the N.W.T.

[29] The third condition is met by the *Northwest Territories Act*. In fact, all legislative powers of the N.W.T. Commissioner flow from this fundamental federal statute.

[30] In my view, the Languages Commissioner holds a sufficiently important position within the Territorial administration as to constitute a representative or agent of the federal Crown. The relevant provisions of the *Official Languages Act* of the N.W.T. read as follows [sections 18 (as am. by R.S.N.W.T. 1988 (Supp.), c. 56, s. 15), 19 (as am. *idem*)]:

18. (1) There shall be a Languages Commissioner who shall be appointed by the Commissioner under the Seal of the Territories after approval of the appointment by resolution of the Legislative Assembly.

(2) The Languages Commissioner holds office during good behaviour for a term of four years, but may be removed by the Commissioner at any time on address of the Legislative Assembly.

19. (1) Such officers and employees as are necessary for the proper conduct of the work of the office of the Languages Commissioner shall be appointed in the manner authorized by law.

(2) The officers and employees of the office of the Languages Commissioner appointed under subsection (1) shall be deemed to be persons employed in the public service for the purposes of the *Public Service Act*.

(3) The Languages Commissioner shall rank as and have all the powers of a Deputy Minister of a department.

[31] It is clear from these provisions that this senior public servant is part of the federal Crown, within the meaning of subsection 17(1) of the *Federal Court Act*.

*fédérale*, de sorte que la première condition est remplie.

[28] Quant à l'ensemble de règles qui fondent la compétence de la Cour et qui sont essentielles à la solution du litige, il s'agit en l'espèce de toutes les règles édictées par l'Assemblée législative des T.N.-O., notamment, malgré son titre trompeur, la *Loi sur les langues officielles* des T.N.-O.

[29] La troisième condition, enfin, se trouve remplie par la *Loi sur les Territoires du Nord-Ouest*. En effet, c'est de cette loi fondamentale fédérale que découlent tous les pouvoirs législatifs que possède le commissaire des T.N.-O.

[30] Pour ce qui est du commissaire aux langues, je crois que son poste au sein de l'administration est suffisamment important pour qu'elle constitue également une représentante ou une mandataire de la Couronne fédérale. Les dispositions pertinentes de la *Loi sur les langues officielles* des T.N.-O. sont les suivantes [articles 18 (mod. par L.R.T.N.-O. (suppl.), ch. 56, art. 15), 19 (mod. *idem*)]:

18. (1) Est institué le poste de commissaire aux langues. Le titulaire est nommé par le commissaire sous le sceau des territoires, après qu'une résolution de l'Assemblée législative approuve sa nomination.

(2) Le commissaire aux langues est nommé à titre inamovible pour un mandat de quatre ans, sauf révocation par le commissaire sur adresse de l'Assemblée législative.

19. (1) Le personnel nécessaire au bon fonctionnement du commissariat est nommé en conformité avec la loi.

(2) Le personnel régulier du commissariat, nommé au titre du paragraphe (1), est réputé appartenir à la fonction publique pour l'application de la *Loi sur la fonction publique*.

(3) Le commissaire aux langues a rang et pouvoirs de sous-ministre.

[31] À la lecture de ces dispositions, il est clair, selon moi, que ce haut fonctionnaire fait partie de la Couronne fédérale, entendu au sens du paragraphe 17(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*.

[32] The other two branches of the *Miida Electronics* test have already been discussed above. This Court, therefore, has jurisdiction to hear the claim against this federal official.

[33] The Speaker of the Legislative Assembly of the Northwest Territories is elected pursuant to subsection 39(1) of the *Legislative Assembly and Executive Council Act* and, pursuant to subsection 47(4) thereof, may sue or be sued in civil actions, for and on behalf of the Legislative Assembly of the N.W.T. In my view, the Speaker is thus part of the federal Crown.

[34] In light of the foregoing, the defendants' motion challenging jurisdiction is hereby dismissed.

[35] Finally, the defendants, Her Majesty the Queen in right of Canada and the Attorney General of Canada, filed a motion for a stay of proceedings under paragraph 50(1)(b) of the *Federal Court Act*, which reads:

50. (1) The Court may, in its discretion, stay proceedings in any cause or matter,

...

(b) where for any other reason it is in the interest of justice that the proceedings be stayed.

[36] In light of the Court's finding with respect to jurisdiction, I propose to dismiss this motion. The defendants' motion also requests an order removing the Attorney General of Canada as a party to the proceedings. Under section 48 of the *Federal Court Act* and the attached schedule, a proceeding against the Crown must be brought against Her Majesty the Queen in right of Canada. Here, no allegation has been made against the Attorney General of Canada and adding her as a party appears to me completely unnecessary. Rule 104 of the *Federal Court Rules, 1998* [SOR/98-106] gives the Court the power to order that a person who is not a necessary party shall cease to be a party. Having heard the submissions of the parties in this case, that part of the motion requesting that the Attorney General of Canada be removed as a party is allowed and the style of cause will be amended accordingly.

[32] Quant aux deux autres aspects du test de l'arrêt *Miida Electronics*, la question a déjà été traitée plus haut. La Cour est donc compétente pour entendre la réclamation contre ce fonctionnaire fédéral.

[33] Le président de l'Assemblée législative des T.N.-O. est nommé en vertu du paragraphe 39(1) de la *Loi sur l'Assemblée législative et le Conseil exécutif* et, en vertu du paragraphe 47(4) représente l'Assemblée législative des T.N.-O. pour fins d'actions civiles et, à ce titre, m'apparaît faire partie de la Couronne fédérale.

[34] À la lumière de ce qui précède, je crois que la requête en exception déclinatoire présentée par les défendeurs est par les présentes rejetée.

[35] Finalement, les défenderesses Sa Majesté la Reine du chef du Canada et la procureure générale du Canada ont déposé une requête en sursis en vertu de l'alinéa 50(1)b) de la *Loi sur la Cour fédérale* qui se lit:

50. (1) La Cour a le pouvoir discrétionnaire de suspendre les procédures dans toute affaire:

[. . .]

b) lorsque, pour quelque autre raison, l'intérêt de la justice l'exige.

[36] Étant donné la conclusion de la Cour quant à la question de la compétence, je suggère de rejeter la requête sur cette question. La requête des deux défenderesses contient également une demande de radiation de la défenderesse procureure générale du Canada des actes de procédures. En vertu de l'article 48 de la *Loi sur la Cour fédérale* et de l'annexe correspondante, une procédure contre la Couronne doit être intentée contre Sa Majesté la Reine du chef du Canada. En l'espèce, l'ajout de la défenderesse procureure générale du Canada en tant que défenderesse, à l'égard de laquelle il n'existe d'ailleurs aucune allégation, m'apparaît tout à fait inutile. La règle 104 des *Règles de la Cour fédérale (1998)* [DORS/98-106] donne le pouvoir à la Cour d'ordonner qu'une partie dont la présence n'est pas nécessaire au règlement des questions en litige soit mise hors de cause. En l'espèce et compte tenu des représentations des parties, la partie

de la requête qui concerne la radiation de la procureure générale est accueillie.

[37] The defendants filed an affidavit in support of their motion to strike the claim of the plaintiffs. The affidavit consists largely of hearsay and detailed historic information about the Northwest Territories. The plaintiffs have filed a motion to strike out portions of the affidavit. Because this case involves constitutional issues, and because this document is relatively reliable and necessary, I hereby dismiss the motion and accept the affidavit for filing with the Court.

[38] The defendants shall have until 30 days from the date of the present reasons for order to file and serve their statement of defence.

[37] Les défendeurs ont produit un affidavit au soutien de leur requête en rejet de l'action des demandeurs. L'affidavit est constitué en grande partie de ouï-dire et de détails historiques sur la situation des Territoires du Nord-Ouest. Les demandeurs ont déposé une requête visant la radiation de certaines parties de cet affidavit. Compte tenu qu'il s'agit d'une affaire constitutionnelle et compte tenu de la relative fiabilité et nécessité de ce document, j'accepte le dépôt dudit affidavit et je rejette cette requête.

[38] Les défendeurs auront un délai de 30 jours à compter de la date des présents motifs d'ordonnance pour déposer et signifier leur défense.

T-1892-99

T-1892-99

**Jacob Fast** (*Applicant*)**Jacob Fast** (*demandeur*)

v.

c.

**The Minister of Citizenship and Immigration and  
The Attorney General of Canada** (*Respondents*)**Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration  
et le procureur général du Canada** (*défendeurs*)**INDEXED AS: FAST v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP  
AND IMMIGRATION) (T.D.)****RÉPERTORIÉ: FAST c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYEN-  
NETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (1<sup>re</sup> INST.)**Trial Division, Lemieux J.—Ottawa, April 10, 11 and  
27; July 11, 2000.Section de première instance, juge Lemieux—Ottawa,  
10, 11 et 27 avril; 11 juillet 2000.

*Administrative law — Statutory appeals — Motion to strike application for judicial review of notice of proposed citizenship revocation on ground applicant admitted to Canada or obtained citizenship by false representations, fraud, knowingly concealed material circumstances — Federal Court Act, s. 18.5 excluding from judicial review cases where “appeal as such” provided by Parliament in another manner — Citizenship Act, s. 18(1)(b) providing for reference to Court for declaration Canadian citizenship obtained by false representation, fraud, knowingly concealing material circumstances — Reference trial to determine, as matter of fact, whether citizenship obtained in manner proscribed by Parliament — Judge must make numerous procedural rulings as well as findings of law during trial, conducted as action under Federal Court Rules, 1998, Part 4 — Adopting principles established in Canada Post Corp. v. Canada (Minister of Public Works) for what review process constituting appeal for s. 18.5 purposes, s. 18(1)(b) reference process, coupled with Rules, Part 4, providing vehicle whereby soundness of notice of revocation tested — Parliament intended all matters integrally connected be decided within reference framework.*

*Droit administratif — Appels prévus par la loi — Requête en radiation de la demande de contrôle judiciaire de l'avis de révocation envisagée de la citoyenneté au motif que le demandeur a été admis au Canada ou a acquis la citoyenneté par fraude ou au moyen d'une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels — L'art. 18.5 de la Loi sur la Cour fédérale exclut toute demande de contrôle judiciaire dans les cas où le législateur a prévu un autre droit d'«appel» — L'art. 18(1)(b) de la Loi sur la citoyenneté prévoit un renvoi à la Cour afin qu'elle déclare que la citoyenneté canadienne a été obtenue par fraude et au moyen d'une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels — Le renvoi constitue une instruction visant à trancher la question de fait qui consiste à savoir si une personne a acquis sa citoyenneté par des moyens interdits par le législateur — Au cours de l'instruction, qui se déroule comme une action régie par la partie 4 des Règles de la Cour fédérale (1998), le juge doit rendre de nombreuses décisions relatives à la procédure, ainsi que tirer des conclusions de droit — Selon les principes établis dans Société canadienne des postes c. Canada (Ministre des Travaux publics) pour trancher la question de savoir quel processus de révision constitue un appel aux fins de l'application de l'art. 18.5, le renvoi prévu par l'art. 18(1)(b), combiné à la partie 4 des Règles, offre un mécanisme permettant de vérifier le bien-fondé de l'avis de révocation — Selon l'intention du législateur, toutes les questions liées intégralement au processus de renvoi doivent être tranchées dans le cadre du renvoi.*

*Federal Court Jurisdiction — Trial Division — Minister issuing notice of proposed citizenship revocation — Application for judicial review — Minister moving to have application struck — Federal Court Act, s. 18.5 excluding from judicial review cases where “appeal as such” otherwise provided for by Parliament — Meaning of phrase “an appeal as such” — Citizenship Act, s. 18(1)(b) providing for reference to Court to decide whether citizenship obtained by false representation, concealing material circumstances — If Court finds statutory requirement not met that is bar to citizenship revocation, deportation — Reference process*

*Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Délivrance par le ministre d'un avis de révocation envisagée de la citoyenneté — Demande de contrôle judiciaire — Requête du ministre en vue d'obtenir la radiation de la demande — L'art. 18.5 de la Loi sur la Cour fédérale exclut toute demande de contrôle judiciaire dans les cas où le législateur a prévu un autre droit d'«appel» — Signification du mot «appel» — L'art. 18(1)(b) de la Loi sur la citoyenneté prévoit le renvoi de l'affaire à la Cour afin qu'elle détermine si la citoyenneté a été acquise par fraude ou au moyen d'une fausse déclaration ou*

*mandated by s. 18(1)(b) providing procedure for testing soundness of revocation notice — Parliament's intention that such matters be decided within reference framework — Judicial review application struck as could not possibly succeed.*

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Citizens — Citizenship Act, s. 18(1)(b) providing for reference to Court to determine whether citizenship obtained by false representation, fraud, knowingly concealing material circumstances — Application for judicial review of notice of proposed revocation of citizenship on ground obtained by false representations, fraud, knowingly concealing material circumstances — Federal Court Act, s. 18.5 excluding from judicial review cases where "appeal as such" provided by Parliament in another manner — Judicial review application struck — S. 18(1)(b) reference process, Federal Court Rules, 1998, Part 4, providing vehicle whereby soundness of revocation notice can be tested — Parliament intended all matters integrally connected be decided within reference framework.*

*Practice — Pleadings — Motion to strike — Application for judicial review of notice of proposed revocation of citizenship on ground applicant admitted to Canada for permanent residence or obtained citizenship by false representations, fraud, or knowingly concealing material circumstances — Citizenship Act, s. 18(1)(b) providing for reference of such cases to Court — Federal Court Act, s. 18.5 excluding from judicial review cases where "appeal as such" provided by Parliament in another manner — Court may strike judicial review application so clearly improper as to be bereft of any possibility of success — Motion allowed — Minister not establishing no possibility of success on grounds no justiciable issue because notice not affecting applicant's rights, no exercise of statutory power, arguments representations on application to immigrate extraneous to subsequent acquisition of citizenship, failure to divulge wartime activities extraneous consideration because not grounds to reject applicant for immigration at relevant time — But judicial review precluded by Federal Court Act, s. 18.5 — S. 18(1)(b) reference process, Federal Court Rules, 1998, Part 4, providing vehicle whereby soundness of revocation notice tested.*

*de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels — Si la Cour conclut que l'exigence fixée par la loi n'a pas été respectée, cette conclusion empêche la révocation de la citoyenneté et l'expulsion — Le processus de renvoi prévu par l'art. 18(1)(b) offre un mécanisme permettant d'examiner le bien-fondé de l'avis de révocation — Selon l'intention du législateur, ces questions doivent être tranchées dans le cadre du renvoi — La demande de contrôle judiciaire a été radiée parce qu'elle n'avait aucune chance d'être accueillie.*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Citoyens — L'art. 18(1)(b) de la Loi sur la citoyenneté prévoit un renvoi à la Cour afin qu'elle détermine si la citoyenneté a été acquise par fraude ou au moyen d'une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels — Demande de contrôle judiciaire de l'avis de révocation envisagée de la citoyenneté au motif qu'elle a été acquise par fraude ou au moyen d'une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels — L'art. 18.5 de la Loi sur la Cour fédérale exclut toute demande de contrôle judiciaire dans les cas où le législateur a prévu un autre droit d'appel — La demande de contrôle judiciaire a été radiée — Le processus de renvoi prévu par l'art. 18(1)(b) et la partie 4 des Règles de la Cour fédérale (1998) offrent un mécanisme permettant de vérifier le bien-fondé de l'avis de révocation — Selon l'intention du législateur, toutes les questions liées intégralement au processus de renvoi doivent être tranchées dans le cadre du renvoi.*

*Pratique — Actes de procédure — Requête en radiation — Demande de contrôle judiciaire de l'avis de révocation envisagée de la citoyenneté au motif que le demandeur a été admis au Canada à titre de résident permanent et a acquis la citoyenneté par fraude ou au moyen d'une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels — L'art. 18(1)(b) de la Loi sur la citoyenneté prévoit le renvoi de ces affaires à la Cour — L'art. 18.5 de la Loi sur la Cour fédérale exclut toute demande de contrôle judiciaire dans les cas où le législateur a prévu un autre droit d'appel — La Cour peut radier une demande de contrôle judiciaire manifestement irrégulière au point de n'avoir aucune chance d'être accueillie — Requête accueillie — Le ministre n'a pas démontré que la demande n'avait aucune chance d'être accueillie en raison de l'absence d'une question relevant de la compétence des tribunaux parce que l'avis ne touchait pas les droits du demandeur, ni en raison de l'absence d'exercice d'un pouvoir prévu par une loi, arguments selon lesquels les déclarations faites au moment de la demande d'immigration n'ont rien à voir avec l'acquisition subséquente de la citoyenneté, le défaut de divulguer les activités en temps de guerre est un facteur étranger parce qu'il ne constituait pas un motif permettant de refouler le demandeur à l'époque — Mais la demande de contrôle judiciaire est interdite par l'art. 18.5 de la Loi sur la Cour fédérale — Le processus de renvoi prévu par l'art. 18(1)(b) et la partie 4 des Règles de la Cour fédérale (1998) offrent un mécanisme permettant de vérifier le bien-fondé de l'avis de révocation.*



*Construction of statutes — Federal Court Act, s. 18.5 excluding from judicial review cases where “appeal as such” provided by Parliament in another manner — Citizenship Act, s. 18(1)(b) providing for reference to Court for declaration Canadian citizenship obtained by false representation, fraud, knowingly concealing material circumstances — Whether process appeal for s. 18.5 purposes question of substance, not form — Word “appeal” not term of art — S. 18(1)(b) reference “appeal as such” — Application for judicial review of notice of revocation of citizenship struck.*

This was a motion to strike an application for judicial review. Applicant immigrated to Canada in 1947 and became a citizen in 1954. In 1999 he received a notice of proposed revocation of citizenship advising that the Minister of Citizenship and Immigration intended to make a report to the Governor in Council that he had obtained citizenship by false representations or fraud in that in 1947 he failed to divulge to Canadian officials that he was a German citizen, and therefore an Enemy Alien inadmissible to Canada and that his activities during the Second World War included collaboration with the German occupation authorities in Ukraine and other wartime activities which would have rendered him inadmissible at the time. After advising the Minister on a “without prejudice” basis that he wanted the case referred to the Federal Court Trial Division, the applicant filed an application for judicial review seeking to quash the revocation notice, prohibit the Minister from referring the case to this Court, and from reporting to the Governor in Council. The Minister and Attorney General moved to have the application for judicial review dismissed or struck on the grounds that: (1) the action was not justiciable because the notice did not affect the applicant’s rights and, in that context, the notice was not an exercise of jurisdiction or powers conferred by or under the Act within *Federal Court Act*, section 2, or (2) the judicial review application was barred by *Federal Court Act*, section 18.5, which excludes from judicial review cases where an “appeal as such” is provided by Parliament in another manner. Subsequently, the Minister referred the case to this Court for a finding pursuant to *Citizenship Act*, paragraph 18(1)(b), that applicant had obtained citizenship by false representation, fraud or by knowingly concealing material circumstances. The Court may strike a judicial review application “which is so clearly improper as to be bereft of any possibility of success”. Applicant argued that because of the vagueness of “other wartime activities”, “including”, “collaboration” and “association”, he did not know what was alleged to have been concealed or represented. As a result, the Minister acted beyond her jurisdiction in issuing the notice, which is inconsistent with section 18. He also argued that the Minister committed a jurisdictional error because of an extraneous consideration in alleging that he had made a

*Interprétation des lois — L’art. 18.5 de la Loi sur la Cour fédérale exclut toute demande de contrôle judiciaire dans les cas où le législateur a prévu un autre droit d’«appel» — L’art. 18(1)(b) de la Loi sur la citoyenneté prévoit un renvoi à la Cour afin qu’elle déclare que la citoyenneté canadienne a été acquise par fraude ou au moyen d’une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels — La question de savoir si un processus constitue un appel aux fins de l’art. 18.5 tient au fond et non à la forme du processus — Le mot «appel» n’est pas un terme technique — Le renvoi prévu par l’art. 18(1)(b) constitue un «appel» — La demande de contrôle judiciaire de l’avis de révocation envisagée de la citoyenneté a été radiée.*

Il s’agissait d’une requête en radiation d’une demande de contrôle judiciaire. Le demandeur a immigré au Canada en 1947 et est devenu citoyen canadien en 1954. En 1999, il a reçu un avis de révocation envisagée de sa citoyenneté l’informant que le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration avait l’intention de présenter un rapport au gouverneur en conseil portant qu’il avait acquis la citoyenneté par fraude ou au moyen d’une fausse déclaration du fait que, en 1947, il n’avait pas divulgué aux fonctionnaires canadiens qu’il était citoyen allemand et, en conséquence, sujet d’un pays ennemi et inadmissible au Canada, et que, parmi les activités auxquelles il s’était livré pendant la Deuxième Guerre mondiale, il avait collaboré avec les autorités de l’occupation allemande en Ukraine et avait participé à d’autres activités qui l’auraient rendu inadmissible à l’époque. Après avoir avisé le ministre, «sous toutes réserves», qu’il désirait que l’affaire soit renvoyée devant la Section de première instance de la Cour fédérale, le demandeur a déposé une demande de contrôle judiciaire en vue de faire annuler l’avis de révocation et d’interdire au ministre de renvoyer l’affaire à la Cour et de présenter un rapport au gouverneur en conseil. Le ministre et le procureur général ont présenté une requête en rejet ou en radiation de la demande de contrôle judiciaire en invoquant les moyens suivants: 1) l’action échappait à la compétence des tribunaux parce que l’avis ne touchait pas les droits du demandeur et, dans ce contexte, l’avis ne constituait pas l’exercice d’une compétence ou de pouvoirs conférés par une loi au sens de l’article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale* ou 2) la demande de contrôle judiciaire était interdite par l’article 18.5 de la *Loi sur la Cour fédérale*, qui exclut toute demande de contrôle judiciaire dans les cas où le législateur a prévu un autre droit d’«appel». Par la suite, le ministre a renvoyé l’affaire à la Cour pour qu’elle conclue, en vertu de l’alinéa 18(1)(b) de la *Loi sur la citoyenneté*, que le demandeur avait acquis la citoyenneté par fraude ou au moyen d’une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels. La Cour peut radier une demande de contrôle judiciaire qui est «manifestement irrégulière au point de n’avoir aucune chance d’être accueillie». Le demandeur a soutenu que, compte tenu de l’imprécision des mots «autres activités en temps de guerre», «notamment», «collaboration»

misrepresentation in 1947 to immigration officials. Such misrepresentation, if made, was irrelevant to the 1954 processing of his citizenship application under the then *Citizenship Act*. Applicant further attacked the notice on the ground that in 1947 immigration officials did not have legal authority to reject an applicant on the basis of failure to divulge wartime activities.

The issue was whether the judicial review application was so clearly improper as to be bereft of any possibility of success.

*Held*, the motion should be allowed on the ground that the judicial review application is barred by *Federal Court Act*, section 18.5.

(1) The Minister and the Attorney General did not demonstrate that the judicial review application had no possibility of success on the grounds of no justiciable issue and no exercise of statutory power. First, it was debatable whether the allegations met the requirements established by case law given the flexibility which the Minister reserved upon herself to include other activities than those specified in the notice. But there was no substance to the argument that the applicant did not appreciate what was meant in the notice as to his collaboration or association with the German wartime authorities. The applicability of cases which have held that a judicial review application is not justiciable where an individual's rights were not affected, was debatable in the context of applicant's argument which focussed on the necessity of compliance with a statutory requirement related to the adequacy of the content of the prescribed notice. Furthermore, the Minister and the Attorney General did not establish that the Minister, in issuing the notice, was not exercising a statutory power contemplated by *Federal Court Act*, section 2. Second, on the face of the record, it was debatable whether what applicant had said to officials in 1947 when he applied to immigrate to Canada was extraneous to his acquisition of citizenship in 1954. Furthermore, the authority of immigration officials to have excluded him on security grounds was arguable.

et «association», il ne savait pas quels étaient les faits qu'on lui reprochait d'avoir dissimulés ou les fausses déclarations qu'on lui reprochait d'avoir faites. En conséquence, le ministre avait outrepassé sa compétence en lui donnant l'avis, qui est incompatible avec l'article 18. Il a aussi soutenu que le ministre avait commis une erreur de compétence en tenant compte d'un facteur étranger lorsqu'il a allégué que le demandeur avait fait une fausse déclaration aux fonctionnaires de l'Immigration en 1947. Une telle fausse déclaration, en supposant qu'elle ait été faite, n'était pas pertinente relativement à l'examen de sa demande de citoyenneté en 1954 en vertu de la version de la *Loi sur la citoyenneté* alors en vigueur. Le demandeur a aussi attaqué l'avis en affirmant qu'il n'avait pas divulgué ses activités en temps de guerre en 1947, parce que la loi ne conférait pas alors aux fonctionnaires de l'Immigration le pouvoir de refouler un demandeur parce qu'il n'avait pas divulgué ses activités en temps de guerre.

La question en litige consistait à se demander si la demande de contrôle judiciaire était manifestement irrégulière au point de n'avoir aucune chance d'être accueillie.

*Jugement*: la requête est accueillie au motif que la demande de contrôle judiciaire était interdite par l'article 18.5 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

1) Le ministre et le procureur général n'ont pas démontré que la demande de contrôle judiciaire n'avait aucune chance d'être accueillie en invoquant l'absence de question relevant de la compétence des tribunaux et d'exercice d'un pouvoir conféré par une loi. Premièrement, la question de savoir si les allégations satisfaisaient aux exigences imposées par la jurisprudence était discutable, vu la marge de manœuvre que le ministre s'était réservée pour inclure des activités autres que celles décrites dans l'avis. La prétention selon laquelle le demandeur n'avait pas saisi ce que signifiait l'avis quant à sa collaboration ou à son association avec les autorités allemandes en temps de guerre n'était toutefois pas fondée. L'applicabilité des décisions qui établissent qu'une demande de contrôle judiciaire ne relève pas de la compétence des tribunaux lorsque les droits du demandeur ne sont pas touchés pouvait encore être débattue dans le contexte de l'argument du demandeur, qui était axé sur l'obligation de satisfaire à une exigence imposée par la loi quant à la suffisance du contenu de l'avis prescrit. De plus, le ministre et le procureur général n'ont pas prouvé que le ministre, lorsqu'il a donné l'avis, n'exerçait pas un pouvoir prévu par une loi au sens de l'article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Deuxièmement, à la lecture du dossier, un débat demeurerait possible sur la question de savoir si les faits que le demandeur avait révélés aux fonctionnaires en 1947, au moment de sa demande d'immigration au Canada, n'avaient rien à voir avec l'acquisition de sa citoyenneté en 1954. En outre, il était possible de présenter une argumentation quant à savoir si les fonctionnaires de l'immigration avaient le pouvoir de le refouler pour des raisons de sécurité.

(2) The debate on the second ground focussed on the meaning of “an appeal as such” in *Federal Court Act*, section 18.5. Under *Citizenship Act*, paragraph 18(1)(b) the Court must decide whether the person has “obtained, retained, renounced or resumed citizenship by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances”. A negative finding is a bar to revocation of citizenship and consequent deportation. A reference is effectively a trial to determine, as a matter of fact, whether citizenship was obtained in a manner proscribed by Parliament. During that trial, which is conducted through the avenue of an action under Part 4 of the *Federal Court Rules, 1998*, a judge is necessarily called upon to make numerous procedural and evidentiary rulings as well as to make findings of law. Determining whether a process constitutes an appeal for section 18.5 purposes requires a substantive rather than formal analysis thereof. The word “appeal” is not a term of art. Adopting the principles established in *Canada Post Corp. v. Canada (Minister of Public Works)*, the reference process mandated by paragraph 18(1)(b), coupled with Part 4 of the Rules (which under rule 169 govern references), provides a vehicle whereby the soundness of the notice of revocation can be tested and reviewed on the grounds set out in the application for judicial review. The judicial review application could not possibly succeed and must be struck. Clearly, Parliament intended that all matters, including those advanced in the judicial review application integrally connected to the reference process, be decided within the reference framework.

2) Le débat sur le deuxième moyen a porté surtout sur la signification du mot «appel» utilisé dans l'article 18.5 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Par application de l'alinéa 18(1)b) de la *Loi sur la citoyenneté*, la Cour doit décider s'il y a eu «fraude, fausse déclaration ou dissimulation intentionnelle de faits essentiels». Une conclusion négative empêche la révocation de la citoyenneté et l'expulsion qui en résulte. Un renvoi est en fait une instruction visant à trancher la question de fait qui consiste à savoir si une personne a acquis sa citoyenneté par des moyens interdits par le législateur. Au cours de cette instruction, qui se déroule comme une action régie par la partie 4 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, un juge doit nécessairement rendre de nombreuses décisions relatives à la procédure et à la preuve ainsi que tirer des conclusions de droit. Il faut trancher la question de savoir si un processus donné constitue un appel aux fins de l'application de l'article 18.5 en analysant le fond et non la forme de ce processus. Le mot «appel» n'est pas un terme technique. Selon les principes établis dans l'affaire *Société canadienne des postes c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, le processus de renvoi prévu par l'art. 18(1)b), combiné à la partie 4 des Règles (qui régit les renvois par application de la règle 169), offre un mécanisme permettant de vérifier et d'examiner le bien-fondé de l'avis de révocation au regard des moyens invoqués dans la demande de contrôle judiciaire. La demande de contrôle judiciaire n'a aucune chance d'être accueillie et doit être radiée. L'intention du législateur est claire: toutes les questions liées intégralement au processus de renvoi, y compris celles soulevées dans la demande de contrôle judiciaire, doivent être tranchées dans le cadre du renvoi.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, s. 44.  
*Canadian Citizenship Act*, R.S.C. 1952, c. 33.  
*Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29, ss. 10, 14(5), 18.  
*Citizenship Act*, S.C. 1974-75-76, c. 108.  
*Customs Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1.  
*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 1), 18 (as am. *idem*, s. 4), 18.1 (as enacted *idem*, s. 5), 18.5 (as enacted *idem*).  
*Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, RR. 169, 171, 208.  
*Immigration Act*, R.S.C. 1927, c. 93, s. 3(1).  
*Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 44(d)(iii).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 F.C. 588; (1994), 58 C.P.R. (3d) 209; 176 N.R. 48 (C.A.); *Luitjens v. Canada (Secretary of State)*

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 44(d)(iii).  
*Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 44.  
*Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 10, 14(5), 18.  
*Loi sur la citoyenneté*, S.C. 1974-75-76, ch. 108.  
*Loi sur la citoyenneté canadienne*, S.R.C. 1952, ch. 33.  
*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 1), 18 (mod., *idem*, art. 4), 18.1 (édicte, *idem*, art. 5), 18.5 (édicte, *idem*).  
*Loi sur les douanes*, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. I.  
*Loi sur l'immigration*, S.R.C. 1927, ch. 93, art. 3(1).  
*Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106, règles 169, 171, 208.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*David Bull Laboratories (Canada) Inc. c. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 C.F. 588; (1994), 58 C.P.R. (3d) 209; 176 N.R. 48 (C.A.); *Luitjens c. Canada (Secrétaire d'État)*

(1992), 9 C.R.R. (2d) 149; 142 N.R. 173 (F.C.A.); leave to appeal to S.C.C. denied [1992] 2 S.C.R. viii; *Canada Post Corp. v. Canada (Minister of Public Works)* (1993), 21 Admin. L.R. (2d) 152; 68 F.T.R. 235 (F.C.T.D.); *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 17; (1998), 36 O.R. (3d) 418; 154 D.L.R. (4th) 193; 50 C.B.R. (3d) 163; 33 C.C.E.L. (2d) 173; 221 N.R. 241; 106 O.A.C. 1; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391; (1997), 1 Admin. L.R. (3d) 1; 118 C.C.C. (3d) 443; 14 C.P.C. (4th) 1; 10 C.R. (5th) 163; 40 Imm. L.R. (2d) 23; *Minister of National Revenue v. Parsons*, [1984] 2 F.C. 331; [1984] CTC 352; (1984), 84 DTC 6345 (C.A.).

## CONSIDERED:

*Canadian Pasta Manufacturers' Assn. v. Aurora Importing & Distributing Ltd.*, [1997] F.C.J. No. 493 (C.A.); *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Dueck* (1998), 154 F.T.R. 241; 47 Imm. L.R. (2d) 162 (F.C.T.D.); *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Odynsky* (1999), 166 F.T.R. 255; 49 Imm. L.R. (2d) 192 (F.C.T.D.); *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Podins* (1999), 171 F.T.R. 161 (F.C.T.D.); *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Oberlander*, [2000] F.C.J. No. 229 (T.D.) (QL); *Canada (Secretary of State) v. Luitjens*, [1989] 2 F.C. 125; (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 231 (T.D.); *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Dueck*, [1999] 3 F.C. 203; (1998), 155 F.T.R. 1; 50 Imm. L.R. (2d) 216 (T.D.); *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Katriuk* (1999), 156 F.T.R. 161 (F.C.T.D.); *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Kisluk* (1999), 169 F.T.R. 161; 50 Imm. L.R. (2d) 1 (F.C.T.D.); *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Bogutin* (1998), 144 F.T.R. 1; 42 Imm. L.R. (2d) 248 (F.C.T.D.); *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; *Optical Recording Corp. v. Canada*, [1991] 1 F.C. 309; [1990] 2 C.T.C. 524; (1990), 90 DTC 6647; 116 N.R. 200 (C.A.); *Cangene Corp. v. Eli Lilly and Co.* (1995), 63 C.P.R. (3d) 377; 101 F.T.R. 238 (F.C.T.D.); *Albion Transportation Research Corp. v. Canada*, [1998] 1 F.C. 78; (1997), 133 F.T.R. 250; 97 DTC 5481 (T.D.); *Aliments Prince Foods Inc. v. Canada (Department of Agriculture and Agri-Food)* (1999), 164 F.T.R. 104 (F.C.T.D.); *Shun v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 35 Imm. L.R. (2d) 211; 206 N.R. 7 (F.C.A.).

## REFERRED TO:

*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Fast*, [2000] F.C.J. No. 552 (T.D.) (QL); *Gestion*

(1992), 9 C.R.R. (2d) 149; 142 N.R. 173 (C.A.F.); autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée [1992] 2 R.C.S. viii; *Société canadienne des postes c. Canada (Ministre des Travaux publics)* (1993), 21 Admin. L.R. (2d) 152; 68 F.T.R. 235 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 17; (1998), 36 O.R. (3d) 418; 154 D.L.R. (4th) 193; 50 C.B.R. (3d) 163; 33 C.C.E.L. (2d) 173; 221 N.R. 241; 106 O.A.C. 1; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391; (1997), 1 Admin. L.R. (3d) 1; 118 C.C.C. (3d) 443; 14 C.P.C. (4th) 1; 10 C.R. (5th) 163; 40 Imm. L.R. (2d) 23; *Ministre du Revenu national c. Parsons*, [1984] 2 C.F. 331; [1984] CTC 352; (1984), 84 DTC 6345 (C.A.).

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Assoc. canadienne des fabricants de pâtes alimentaires c. Aurora Importing & Distributing Ltd.*, [1997] A.C.F. n° 493 (C.A.); *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Dueck* (1998), 154 F.T.R. 241; 47 Imm. L.R. (2d) 162 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Odynsky* (1999), 166 F.T.R. 255; 49 Imm. L.R. (2d) 192 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Podins* (1999), 171 F.T.R. 161 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Oberlander*, [2000] A.C.F. n° 229 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Canada (Secrétaire d'État) c. Luitjens*, [1989] 2 C.F. 125; (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 231 (1<sup>re</sup> inst.); *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Dueck*, [1999] 3 C.F. 203; (1998), 155 F.T.R. 1; 50 Imm. L.R. (2d) 216 (1<sup>re</sup> inst.); *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Katriuk* (1999), 156 F.T.R. 161 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Kisluk* (1999), 169 F.T.R. 161; 50 Imm. L.R. (2d) 1 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Bogutin* (1998), 144 F.T.R. 1; 42 Imm. L.R. (2d) 248 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *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; *Optical Recording Corp. c. Canada*, [1991] 1 C.F. 309; [1990] 2 C.T.C. 524; (1990), 90 DTC 6647; 116 N.R. 200 (C.A.); *Cangene Corp. c. Eli Lilly and Co.* (1995), 63 C.P.R. (3d) 377; 101 F.T.R. 238 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Albion Transportation Research Corp. c. Canada*, [1998] 1 C.F. 78; (1997), 133 F.T.R. 250; 97 DTC 5481 (1<sup>re</sup> inst.); *Aliments Prince Foods Inc. c. Canada (Ministère de l'Agriculture et de l'Agroalimentaire)* (1999), 164 F.T.R. 104 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Shun c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1996), 35 Imm. L.R. (2d) 211; 206 N.R. 7 (C.A.F.).

## DÉCISIONS MENTIONNÉES:

*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Fast*, [2000] A.C.F. n° 552 (1<sup>re</sup> inst.) (QL);

*Complexe Cousineau (1989) Inc. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, [1995] 2 F.C. 694; (1995), 125 D.L.R. (4th) 559; 184 N.R. 260 (C.A.); *Krause v. Canada*, [1999] 2 F.C. 476; (1999), 19 C.C.P.B. 179; 236 N.R. 317 (C.A.); *Union of Nova Scotia Indians v. Maritimes and Northeast Pipeline Management Ltd.* (1999), 243 N.R. 205 (F.C.A.); *Rich Colour Prints Ltd. v. Deputy Minister of National Revenue*, [1984] 2 F.C. 246; (1984), 60 N.R. 235 (C.A.).

*Gestion Complexe Cousineau (1989) Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux)*, [1995] 2 C.F. 694; (1995), 125 D.L.R. (4th) 559; 184 N.R. 260 (C.A.); *Krause c. Canada*, [1999] 2 C.F. 476; (1999), 19 C.C.P.B. 179; 236 N.R. 317 (C.A.); *Union of Nova Scotia Indians c. Maritimes and Northeast Pipeline Management Ltd.* (1999), 243 N.R. 205 (C.A.F.); *Rich Colour Prints Ltd. c. Sous-ministre du Revenu national*, [1984] 2 C.F. 246; (1984), 60 N.R. 235 (C.A.).

## AUTHORS CITED

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

## DOCTRINE

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

MOTION to strike an application for judicial review of a notice of proposed revocation of citizenship on the grounds that it was obtained by false representations or fraud. Motion granted on the ground that since the reference process mandated by *Citizenship Act*, paragraph 18(1)(b) constitutes a mechanism for testing the soundness of the revocation notice, *Federal Court Act* section 18.5 provides that it is not subject to judicial review.

REQUÊTE en radiation de la demande de contrôle judiciaire d'un avis de révocation envisagée de la citoyenneté parce que celle-ci a été acquise par fraude ou au moyen d'une fausse déclaration. Requête accueillie au motif que le processus de renvoi prévu par l'alinéa 18(1)b) de la *Loi sur la citoyenneté* offre un mécanisme permettant de vérifier le bien-fondé de l'avis de révocation et que, par conséquent, l'article 18.5 de la *Loi sur la Cour fédérale* interdit le contrôle judiciaire de l'avis de révocation.

## APPEARANCES:

*Peter K. Doody and Lawrence A. Elliot* for applicant.  
*Peter A. Vita, Q.C. and Madeleine Schwarz* for respondent.

## ONT COMPARU:

*Peter K. Doody et Lawrence A. Elliot* pour le demandeur.  
*Peter A. Vita, c.r. et Madeleine Schwarz* pour le défendeur.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Borden Ladner Gervais*, Ottawa, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada*, for respondent.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Borden Ladner Gervais*, Ottawa, pour le demandeur  
*Le sous-procureur général du Canada*, pour le défendeur.

*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*

LEMIEUX J.:

LE JUGE LEMIEUX:

## INTRODUCTION

[1] Jacob Fast (the applicant) received from the Minister of Citizenship and Immigration (the Minister)

## INTRODUCTION

[1] Jacob Fast (le demandeur) a reçu un avis de révocation envisagée de sa citoyenneté (l'avis) que lui

a notice of proposed revocation of his citizenship dated September 4, 1999 (the notice).

[2] Mr. Fast had immigrated to Canada in 1947 and had become a Canadian citizen in 1954.

[3] The notice advised Mr. Fast that the Minister intended to make to the Governor in Council a report pursuant to sections 10 and 18 of the *Citizenship Act* [R.S.C., 1985, c. C-29] (the Act) on the following two grounds:

1) You have been admitted to Canada for permanent residence and have obtained Canadian citizenship by false representations or fraud or by knowingly concealing material circumstances in that in 1947 you failed to divulge to Canadian officials responsible for selecting applicants wishing to come to Canada and all other immigration officials:

– That you were a German Citizen and therefore an Enemy Alien and inadmissible to Canada; and/or

2) That you have been admitted to Canada for permanent residence and have obtained Canadian citizenship by false representations or fraud or by knowingly concealing material circumstances in that, in 1947, you failed to divulge to Canadian officials responsible for selecting applicants wishing to come to Canada your activities during the Second World War, including:

– Your collaboration with German occupation authorities in Ukraine;

– Your association with the German-sponsored indigenous auxiliary police forces of Zaporozhye;

– your association with the German Security Police and Security Service (Sicherheitspolizei und SD);

OR

– Other wartime activities in which you were involved and which would have rendered you inadmissible to Canada at the time of your coming to Canada.

[4] On October 29, 1999, Mr. Fast, after having advised, on a without prejudice basis, the Minister he wanted her to refer, in accordance with the Act and the notice, the case to the Federal Court Trial Division, filed, in this Court, an application for judicial review.

a adressé le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (le ministre) en date du 4 septembre 1999.

[2] M. Fast avait immigré au Canada en 1947 et était devenu citoyen canadien en 1954.

[3] L'avis informait M. Fast que le ministre avait l'intention de présenter un rapport au gouverneur en conseil en vertu des articles 10 et 18 de la *Loi sur la citoyenneté* [L.R.C. (1985), ch. C-29] (la Loi) pour les deux motifs suivants:

[TRADUCTION] 1) Vous avez été admis au Canada à titre de résident permanent et vous avez acquis la citoyenneté canadienne par fraude ou au moyen d'une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels du fait que, en 1947, vous n'avez pas divulgué les éléments suivants aux fonctionnaires canadiens responsables de la sélection des personnes désireuses de venir au Canada ni à aucun autre fonctionnaire de l'Immigration:

– Vous étiez citoyen allemand et vous étiez en conséquence sujet d'un pays ennemi et inadmissible au Canada;

2) Vous avez été admis au Canada à titre de résident permanent et vous avez acquis la citoyenneté canadienne par fraude ou au moyen d'une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels du fait que, en 1947, vous n'avez pas divulgué, aux fonctionnaires canadiens responsables de la sélection des personnes désireuses de venir au Canada, les activités auxquelles vous vous êtes livré pendant la Deuxième Guerre mondiale et notamment:

– votre collaboration avec les autorités de l'occupation allemande en Ukraine;

– votre association avec les forces de police auxiliaire locales parrainées par l'Allemagne à Zaporozjje;

– votre association avec la police de sécurité et le service de sécurité allemands (Sicherheitspolizei und SD);

OU

– d'autres activités auxquelles vous avez participé en temps de guerre et qui vous auraient rendu inadmissible au Canada au moment où vous y êtes venu.

[4] Le 29 octobre 1999, M. Fast a déposé une demande de contrôle judiciaire devant la Cour, après avoir avisé le ministre, sous toutes réserves, qu'il lui demandait, conformément à la Loi et à l'avis, de renvoyer l'affaire devant la Section de première instance de la Cour fédérale.

[5] In that application, Mr. Fast seeks the following remedies:

- (a) an order quashing the notice;
- (b) an order prohibiting the respondent Minister from referring the case to this Court;
- (c) an order prohibiting the Minister from reporting to the Governor in Council that he has either been admitted to Canada for permanent residence or obtained his Canadian citizenship by false representations or fraud or by knowingly concealing material circumstances.

[6] On December 3, 1999, the Minister and the Attorney General for Canada applied to this Court to dismiss or strike Mr. Fast's application for judicial review.

[7] On March 3, 2000, the Minister referred the case to this Court pursuant to rules 169 and 171 of the *Federal Court Rules, 1998* [SOR/98-106] (the Rules) by filing a statement of claim in Court file T-453-00 [[2000] F.C.J. No. 552 (T.D.) (QL)] naming Jacob Fast as defendant and seeking from this Court, pursuant to paragraph 18(1)(b) of the Act, a finding that Mr. Fast had obtained his Canadian citizenship by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances.

## THE LEGISLATION

[8] The relevant provisions of the *Citizenship Act* of 1976 [S.C. 1974-75-76, c. 108] in force at this time [R.S.C., 1985, c. C-29] are sections 10 and 18. They read:

**10.** (1) Subject to section 18 but notwithstanding any other section of this Act, where the Governor in Council, on a report from the Minister, is satisfied that any person has obtained, retained, renounced or resumed citizenship under this Act by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances,

- (a) the person ceases to be a citizen, or

[5] Dans sa demande, M. Fast sollicite les réparations suivantes:

- (a) une ordonnance annulant l'avis;
- (b) une ordonnance interdisant au ministre défendeur de renvoyer l'affaire à la Cour;
- (c) une ordonnance interdisant au ministre de présenter un rapport au gouverneur en conseil selon lequel le demandeur aurait soit été admis au Canada à titre de résident permanent, soit acquis la citoyenneté canadienne, par fraude ou au moyen d'une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels.

[6] Le 3 décembre 1999, le ministre et le procureur général du Canada ont demandé à la Cour de rejeter ou de radier la demande de contrôle judiciaire déposée par M. Fast.

[7] Le 3 mars 2000, le ministre a renvoyé l'affaire devant la Cour conformément aux règles 169 et 171 des *Règles de la Cour fédérale (1998)* [DORS/98-106] (les Règles) en déposant une déclaration dans le dossier T-453-00 [[2000] A.C.F. n° 552 (1<sup>re</sup> inst.) (QL)]; dans cette déclaration, il a désigné Jacob Fast en qualité de défendeur et demandé à la Cour de conclure, en vertu de l'alinéa 18(1)b) de la Loi, que M. Fast avait acquis la citoyenneté canadienne par fraude ou au moyen d'une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels.

## LES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES

[8] Les dispositions pertinentes de la *Loi sur la citoyenneté* de 1976 [S.C. 1974-75-76, ch. 108], en vigueur aujourd'hui [L.R.C. (1985) ch. C-29], sont les articles 10 et 18, reproduits ci-dessous:

**10.** (1) Sous réserve du seul article 18, le gouverneur en conseil peut, lorsqu'il est convaincu, sur rapport du ministre, que l'acquisition, la conservation ou la répudiation de la citoyenneté, ou la réintégration dans celle-ci, est intervenue sous le régime de la présente loi par fraude ou au moyen d'une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels, prendre un décret aux termes duquel l'intéressé, à compter de la date qui y est fixée:

- a) soit perd sa citoyenneté;

(b) the renunciation of citizenship by the person shall be deemed to have had no effect,

as of such date as may be fixed by order of the Governor in Council with respect thereto.

(2) A person shall be deemed to have obtained citizenship by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances if the person was lawfully admitted to Canada for permanent residence by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances and, because of that admission, the person subsequently obtained citizenship.

...

18. (1) The Minister shall not make a report under section 10 unless the Minister has given notice of his intention to do so to the person in respect of whom the report is to be made and

(a) that person does not, within thirty days after the day on which the notice is sent, request that the Minister refer the case to the Court; or

(b) that person does so request and the Court decides that the person has obtained, retained, renounced or resumed citizenship by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances.

(2) The notice referred to in subsection (1) shall state that the person in respect of whom the report is to be made may, within thirty days after the day on which the notice is sent to him, request that the Minister refer the case to the Court, and such notice is sufficient if it is sent by registered mail to the person at his latest known address.

(3) A decision of the Court made under subsection (1) is final and, notwithstanding any other Act of Parliament, no appeal lies therefrom. [Emphasis mine.]

## ANALYSIS

### I. The definition of the issues

#### (a) The test on a motion to strike

[9] There is no doubt the burden on the Minister and the Attorney General for Canada is a heavy one in order to succeed on this motion to strike Mr. Fast's application for judicial review. The reason this is so is because the courts have said the proper way to contest an application for judicial review which a respondent thinks is without merit is to appear and argue at the hearing of the judicial review application.

b) soit est réputé ne pas avoir répudié sa citoyenneté.

(2) Est réputée avoir acquis la citoyenneté par fraude, fausse déclaration ou dissimulation intentionnelle de faits essentiels la personne qui l'a acquise à raison d'une admission légale au Canada à titre de résident permanent obtenue par l'un de ces trois moyens.

[. . .]

18. (1) Le ministre ne peut procéder à l'établissement du rapport mentionné à l'article 10 sans avoir auparavant avisé l'intéressé de son intention en ce sens et sans que l'une ou l'autre des conditions suivantes ne se soit réalisée:

a) l'intéressé n'a pas, dans les trente jours suivant la date d'expédition de l'avis, demandé le renvoi de l'affaire devant la Cour;

b) la Cour, saisie de l'affaire, a décidé qu'il y avait eu fraude, fausse déclaration ou dissimulation intentionnelle de faits essentiels.

(2) L'avis prévu au paragraphe (1) doit spécifier la faculté qu'a l'intéressé, dans les trente jours suivant sa date d'expédition, de demander au ministre le renvoi de l'affaire devant la Cour. La communication de l'avis peut se faire par courrier recommandé envoyé à la dernière adresse connue de l'intéressé.

(3) La décision de la Cour visée au paragraphe (1) est définitive et, par dérogation à toute autre loi fédérale, non susceptible d'appel. [Non souligné dans l'original.]

## ANALYSE

### I. La définition des questions en litige

#### (a) Le critère applicable à une requête en radiation

[9] Il ne fait aucun doute que le ministre et le procureur général du Canada doivent s'acquitter d'un lourd fardeau pour que leur requête en radiation de la demande de contrôle judiciaire de M. Fast soit accueillie. Il en est ainsi parce que les tribunaux ont statué que le moyen opportun de contester une demande de contrôle judiciaire que le défendeur croit non fondée consiste à comparaître et à présenter ses arguments à l'audition de la demande de contrôle judiciaire.



[10] In *David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 F.C. 588 (C.A.), at page 600, Strayer J.A. said the Court could, however, strike a judicial review application “which is so clearly improper as to be bereft of any possibility of success”. He added that “[s]uch cases must be very exceptional and cannot include cases such as the present where there is simply a debatable issue as to the adequacy of the allegations in the notice of motion”.

[11] *Canadian Pasta Manufacturers’ Assn. v. Aurora Importing & Distributing Ltd.*, [1997] F.C.J. No. 493 (C.A.) is an example where a judicial review application was struck. In that case, the Federal Court of Appeal did so because it was of the opinion the application for judicial review [at paragraph 1] “could not possibly succeed”.

(b) The basis for the motion to strike by the Minister and the Attorney General

[12] The Minister and the Attorney General of Canada advanced two main grounds justifying striking at this stage Mr. Fast’s application for judicial review. First, they say the application is not justiciable because the notice and, for that matter, this Court’s decision on the reference, whatever it may be, does not affect Mr. Fast’s rights and, in that context, the notice is not an exercise of jurisdiction or powers conferred by or under the Act within the meaning of subsection 2(1) of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 1)]. Second, the application for judicial review cannot succeed because it is barred by section 18.5 [as enacted *idem*, s. 5] of the *Federal Court Act* since the reference made by the Minister to this Court is an alternative route, an appeal as such, prescribed by Parliament which must be pursued rather than by way of judicial review.

[13] As a backup alternative argument, the Minister and the Attorney General for Canada argued, at the

[10] Dans l’arrêt *David Bull Laboratories (Canada) Inc. c. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 C.F. 588 (C.A.), à la page 600, le juge Strayer a écrit que la Cour pouvait néanmoins radier une demande de contrôle judiciaire «qui est manifestement irréguli[ère] au point de n’avoir aucune chance d’être accueilli[e]». Il a ajouté que «[c]es cas doivent demeurer très exceptionnels et ne peuvent inclure des situations comme celle dont nous sommes saisis, où la seule question en litige porte simplement sur la pertinence des allégations de l’avis de requête».

[11] L’affaire *Assoc. canadienne des fabricants de pâtes alimentaires c. Aurora Importing & Distributing Ltd.*, [1997] A.C.F. n° 493 (C.A.), est un exemple de situation dans laquelle la demande de contrôle judiciaire a été radiée. Dans cette affaire, la Cour d’appel fédérale a radié la demande de contrôle judiciaire parce qu’elle était d’avis qu’elle n’avait [au paragraphe 1] «aucune chance de succès».

(b) Le fondement de la requête en radiation du ministre et du procureur général

[12] Le ministre et le procureur général du Canada ont invoqué deux moyens principaux pour justifier la radiation, à ce stade-ci, de la demande de contrôle judiciaire de M. Fast. Premièrement, ils affirment que la demande échappe à la compétence des tribunaux parce que l’avis et, de fait, la décision que la Cour rendra à l’issue du renvoi, quelle qu’elle soit, ne touchent pas les droits de M. Fast, et ils ajoutent que, dans ce contexte, l’avis ne constitue pas l’exercice d’une compétence ou de pouvoirs conférés par une loi fédérale au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 1)]. Deuxièmement, la demande de contrôle judiciaire n’a aucune chance d’être accueillie parce qu’elle est interdite par l’article 18.5 [édicte, *idem*, art. 5] de la *Loi sur la Cour fédérale*, étant donné que le renvoi à la Cour par le ministre constitue un autre recours, c’est-à-dire un appel, prescrit par le législateur fédéral, que le demandeur doit exercer plutôt que de procéder par voie de demande de contrôle judiciaire.

[13] À titre subsidiaire, le ministre et le procureur général du Canada soutiennent, à tout le moins, que la

very least, the application for judicial review attacking ground 1 of the notice should be struck because German citizens were prohibited, as enemy aliens, from coming to Canada in 1947.

(c) The position advanced by Mr. Fast

(i) Overview

[14] Mr. Fast's counsel argued the motion to strike his judicial review application should fail because it does not fit within the narrow exception carved out in *David Bull Laboratories, supra*, i.e. one which is so clearly improper as to be bereft of any possibility of success.

[15] To demonstrate their proposition, counsel to Mr. Fast explained the basis or merits of the judicial review application which they had launched.

(ii) Ground one—no adequate notice

[16] Counsel for Mr. Fast based their arguments on this point by referring to three decisions of this Court in revocation of citizenship cases: *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Dueck* (1998), 154 F.T.R. 241; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Odynsky* (1999), 166 F.T.R. 255 (F.C.T.D.); and *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Podins* (1999), 171 F.T.R. 161.

[17] In *Dueck, supra*, Mr. Justice Noël, then with the Trial Division, established two principles about the significance of the notice. First, he said the matter referred to this Court by the Minister under section 18 of the Act is the case as set out by the Minister in the notice. As a result, it was not open to the Minister in a reference before the Court to seek a determination on an issue that does not come within the case as set out by the Minister in her notice. Second, while section 18 of the Act does not specify the extent of the notice to be given, that notice must convey to the person both the essence of the alleged false representation which is said to have taken place and the intent

demande de contrôle judiciaire doit être radiée dans la mesure où elle conteste le premier motif énoncé dans l'avis, vu que les citoyens allemands n'étaient pas autorisés à venir au Canada en 1947 parce qu'ils étaient les sujets d'un pays ennemi.

(c) La position de M. Fast

(i) Aperçu

[14] Les avocats de M. Fast ont fait valoir que la requête en radiation de sa demande de contrôle judiciaire doit être rejetée parce qu'elle n'appartient pas aux cas d'exception très restreints décrits dans l'arrêt *David Bull Laboratories*, précité, c'est-à-dire, qu'il ne s'agit pas d'une demande manifestement irrégulière au point de n'avoir aucune chance d'être accueillie.

[15] Pour établir leur prétention, les avocats de M. Fast ont expliqué le fondement ou le bien-fondé de la demande de contrôle judiciaire déposée.

(ii) Premier moyen—Insuffisance de l'avis

[16] Les avocats de M. Fast ont étayé leur argumentation sur ce point en se reportant à trois décisions de la Cour en matière de révocation de la citoyenneté: *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Dueck* (1998), 154 F.T.R. 241; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Odynsky* (1999), 166 F.T.R. 255 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); et *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Podins* (1999), 171 F.T.R. 161.

[17] Dans l'affaire *Dueck*, précitée, le juge Noël, alors de la Section de première instance, a établi deux principes relativement à l'importance de l'avis. Premièrement, il a statué que l'affaire qui est renvoyée à la Cour par le ministre en vertu de l'article 18 de la Loi est celle énoncée par le ministre dans l'avis. En conséquence, le ministre ne pouvait pas, dans le cadre du renvoi devant la Cour, lui demander de trancher une question étrangère à l'affaire énoncée par le ministre dans son avis. Deuxièmement, bien que l'article 18 de la Loi ne précise pas la teneur de l'avis qui doit être donné, celui-ci doit mettre l'intéressé au courant à la fois de l'essentiel de la fausse déclaration

to seek revocation as a result thereof. Mr. Justice Noël based his conclusion that under paragraphs 18(1)(a) and (b) of the Act, the notice presents the person with a choice of either not responding to the notice or requesting the Minister to refer the case to the Court. His view was that, in order for the person affected to decide which course of action to choose, he or she must know what is said to have been concealed or misrepresented.

[18] In *Odynsky, supra*, Mr. Justice MacKay of this Court said the notice of revocation must be considered significant in defining, albeit in brief terms, the basis of the Minister's decision to seek revocation of the citizenship of the defendant. Where a person does not request a referral of the matter to this Court, he concluded it is the notice of revocation which sets the framework for any subsequent report to the Governor in Council by the Minister recommending revocation of citizenship of the person concerned. He wrote this at paragraph 20 [page 260] of his decision:

I agree with Noël J. that within the scope, or the purview, or the framework set by the terms of the Notice of Revocation, the Summary of facts and evidence (or under the current Rules, the Minister's Statement of claim) may provide particulars that the Minister will seek to establish in relation to the general terms in the Notice. Insofar as those later filed statements allege facts outside the scope of the Notice of Revocation, those allegations are extraneous, and irrelevant to the issue defined for the Court, and for the defendant, by the Notice of Revocation. [Emphasis mine.]

[19] In *Podins, supra*, Mr. Justice McKeown ruled on an allegation the defendant's service in the *Waffen SS* did not come within the ambit of the notice of revocation directed at him. He did so in these words at paragraph 11 [pages 166-167] of his decision:

In my view, the allegation that Mr. Podins collaborated with German authorities by virtue of his membership in the *Waffen SS* does not come within "the case" as set out in the Notice. The Notice specifies that the "collaboration" attributed to the defendant pertains to his alleged member-

qui lui est reprochée et de l'intention du ministre de demander en conséquence la révocation de sa citoyenneté. Le juge Noël a appuyé sa conclusion sur le fait qu'aux termes des alinéas 18(1)a) et b) de la Loi, l'avis offre un choix à l'intéressé: il peut choisir soit de ne pas répondre à l'avis, soit de demander au ministre de renvoyer l'affaire à la Cour. Il s'est dit d'avis que l'intéressé ne peut choisir la voie à suivre que s'il est au courant des faits qu'on lui reproche d'avoir dissimulés ou des fausses déclarations qu'on lui reproche d'avoir faites.

[18] Dans l'affaire *Odynsky*, précitée, le juge MacKay de notre Cour a précisé qu'il faut accorder de l'importance à l'avis de révocation parce qu'il sert à décrire, bien que brièvement, les motifs pour lesquels le ministre a décidé de demander la révocation de la citoyenneté du défendeur. Il a conclu que lorsque l'intéressé ne demande pas le renvoi de l'affaire devant la Cour, c'est l'avis de révocation qui sert de cadre à l'établissement de tout rapport adressé par le ministre au gouverneur en conseil afin de lui recommander la révocation de la citoyenneté de l'intéressé. Voici ce qu'il a écrit au paragraphe 20 [page 260] de sa décision:

Je suis d'accord avec le juge Noël pour dire que, dans les limites imposées par les termes utilisés dans l'avis de révocation, le résumé des faits et de la preuve (ou suivant les Règles actuelles, l'exposé de la demande du ministre) peut servir à préciser les éléments que le ministre essaiera d'établir relativement aux allégations plus générales formulées dans l'avis. Lorsque des exposés déposés plus tard allèguent des faits qui ne sont pas visés dans l'avis de révocation, ces allégations sont étrangères puisque sans rapport avec la question que la Cour doit trancher telle qu'elle est définie dans l'avis de révocation donné au défendeur. [Non souligné dans l'original.]

[19] Dans l'affaire *Podins*, précitée, le juge McKeown s'est prononcé sur une allégation portant que le fait que le défendeur avait appartenu à la *Waffen SS* n'était pas visé par l'avis de révocation qui lui avait été adressé. Voici comment il s'est exprimé au paragraphe 11 [pages 166 et 167] de sa décision:

À mon avis, l'allégation suivant laquelle M. Podins a collaboré avec les autorités allemandes du fait de son appartenance à la *Waffen SS* ne fait pas partie de l'«affaire» exposée dans l'avis. L'avis précise que la «collaboration» attribuée au défendeur concerne sa présumée appartenance

ship in the Latvian Auxiliary Police and his “work in such capacity”. This wording in effect limits the scope of the allegedly collaborationist activities to Mr. Podins’ employment at Valmiera EG, and precludes the introduction of the other allegations post-dating that period. As the “case” against Mr. Podins does not encompass allegations of membership in the *Waffen SS*, it is not necessary to make findings of fact on that issue. [Emphasis mine.]

[20] Based on these authorities, counsel to Mr. Fast take aim at the notice issued to him for several reasons with the principal one focussed at the basket allegation “or other wartime activities in which you were involved and which would render you inadmissible to Canada at the time of your coming to Canada”. This catch-all, as they describe it, indicates the Minister is proposing to revoke Mr. Fast’s citizenship for reasons unknown to her and necessarily unknown to Mr. Fast who, because of the vagueness of this ground, has no way of knowing what he is said to have concealed or misrepresented.

[21] Counsel to Mr. Fast do not limit their attack on the notice to the basket allegation. They allege the use of the words “including” in the second paragraph of the notice suggests that activities not set out in there could be the basis of the alleged misrepresentation or fraudulent concealment. Moreover, they say the use of the words “collaboration” and “association” in that paragraph are too vague and uncertain to allow Mr. Fast to know what he is alleged to have concealed or misrepresented.

[22] As a result, Mr. Fast argues the Minister acted beyond her jurisdiction in issuing the notice which is inconsistent with section 18 of the Act in that it does not fairly convey to Mr. Fast what he is alleged to have concealed or misrepresented.

(iii) Ground two—irrelevant consideration—the 1947 immigration process

[23] Mr. Fast argues the Minister committed a jurisdictional error because of an extraneous

à la police auxiliaire lettone et son «travail à ce titre». Ce libellé a pour effet de restreindre la portée des présumées activités de M. Podins en tant que collaborateur dans le cadre de son travail à la prison de Valmiera et d’exclure toute allégation postérieure à cette période. Comme les allégations relatives au service du défendeur au sein des *Waffen SS* ne font pas partie de l’«affaire» intéressant M. Podins, il n’est pas nécessaire de tirer de conclusions de fait à ce sujet. [Non souligné dans l’original.]

[20] En s’appuyant sur cette jurisprudence, les avocats de M. Fast contestent l’avis qui lui a été adressé pour plusieurs motifs, dont le principal vise l’allégation fourre-tout: «ou d’autres activités auxquelles vous avez participé en temps de guerre et qui vous auraient rendu inadmissible au Canada au moment où vous y êtes venu». Selon eux, cette allégation fourre-tout indique que le ministre se propose de révoquer la citoyenneté de M. Fast pour des motifs qu’il ignore et qu’il ignore nécessairement M. Fast, qui, compte tenu de l’imprécision de ce motif, n’a aucun moyen de savoir quels sont les faits qu’on lui reproche d’avoir dissimulés ou les fausses déclarations qu’on lui reproche d’avoir faites.

[21] Les avocats de M. Fast ne limitent pas leur contestation de l’avis à l’allégation fourre-tout. Ils soutiennent que le mot «notamment», dans le deuxième paragraphe de l’avis, laisse entendre que la dissimulation ou les fausses déclarations qu’on lui reproche pourraient avoir pour objet des activités qui ne sont pas énoncées dans l’avis. De plus, ils affirment que les mots «collaboration» et «association» utilisés dans ce paragraphe sont trop vagues et imprécis pour permettre à M. Fast de savoir quels faits il aurait dissimulés ou quelles fausses déclarations il aurait faites.

[22] En conséquence, M. Fast fait valoir que le ministre a outrepassé sa compétence en lui donnant cet avis, qui est incompatible avec l’article 18 de la Loi vu qu’il n’informe pas équitablement M. Fast des faits qu’on lui reproche d’avoir dissimulés ou des fausses déclarations qu’on lui reproche d’avoir faites.

(iii) Deuxième moyen—Non-pertinence—Le processus d’immigration de 1947

[23] M. Fast prétend que le ministre a commis une erreur de compétence en tenant compte d’un facteur

consideration in alleging he made a misrepresentation in 1947 to immigration officials. Such a misrepresentation, if one was made, is irrelevant, it is said, because there is no allegation by the Minister that Mr. Fast lied during the processing of his citizenship application in 1954.

[24] The foundation for this argument is based on how the 1946 *Canadian Citizenship Act* [R.S.C. 1952, c. 33] (the old Act) was written and under which Mr. Fast obtained his citizenship in 1954 in contrast with the current *Citizenship Act* which came into force in 1976 containing the deeming provision of subsection 10(2) relating to permanent residence and tying it with the citizenship acquisition process which the old Act did not have.

[25] This argument involves complex notions of accrued or accruing rights under the old Act and recourse to various provisions of the *Interpretation Act* [R.S.C., 1985, c. I-21] as to the effect of the repeal of an enactment on substantive rights. Counsel for Mr. Fast acknowledges, however, that this issue was considered by Mr. Justice MacKay of this Court in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Oberlander*, [2000] F.C.J. No. 229 (T.D.) (QL). In *Oberlander*, *supra*, Mr. Justice MacKay referred to Mr. Justice Collier's judgment in *Canada (Secretary of State) v. Luitjens*, [1989] 2 F.C. 125 (T.D.), at page 133 where he determined that substantive rights in relation to the acquisition of citizenship are subject to legislation in force at the time citizenship is acquired.

[26] Mr. Justice MacKay acknowledged that while there was no equivalent to subsection 10(2) in the old Act, as it applied in 1954 in the case before him, he held this subsection simply provides for an evidentiary presumption, a matter of procedure covered by subparagraph 44(d)(iii) of the *Interpretation Act* with the result a reach-back was permissible.

étranger lorsqu'il a allégué que le demandeur avait fait une fausse déclaration aux fonctionnaires de l'Immigration en 1947. Une telle fausse déclaration, en supposant qu'elle ait été faite, n'est pas pertinente parce que le ministre n'allègue pas que M. Fast a menti à l'occasion de l'examen de sa demande de citoyenneté en 1954.

[24] Cet argument s'appuie sur le libellé de la *Loi sur la citoyenneté canadienne* [S.R.C. 1952, ch. 33] de 1946 (l'ancienne Loi) sous le régime de laquelle M. Fast a acquis la citoyenneté en 1954, par contraste avec la *Loi sur la citoyenneté* actuelle, entrée en vigueur en 1976, laquelle contient la présomption édictée au paragraphe 10(2) qui concerne la résidence permanente et la relie au processus d'acquisition de la citoyenneté, alors que l'ancienne Loi ne le faisait pas.

[25] Cet argument fait intervenir des notions complexes de droits acquis en vertu de l'ancienne Loi et fait appel à différentes dispositions de la *Loi d'interprétation* [L.R.C. (1985), ch. I-21] concernant l'effet de l'abrogation d'une loi sur les droits substantiels. Les avocats de M. Fast reconnaissent toutefois que cette question a été examinée par le juge MacKay, de notre Cour, dans l'affaire *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Oberlander*, [2000] A.C.F. n° 229 (1<sup>re</sup> inst.) (QL). Dans la décision *Oberlander*, précitée, le juge MacKay s'est reporté au jugement prononcé par le juge Collier dans *Canada (Secrétaire d'État) c. Luitjens*, [1989] 2 C.F. 125 (1<sup>re</sup> inst.), où il a statué, à la page 133, que les droits substantiels liés à l'acquisition de la citoyenneté sont régis par les dispositions législatives en vigueur au moment de l'octroi de la citoyenneté.

[26] Le juge MacKay a statué que malgré l'absence d'une disposition équivalente au paragraphe 10(2) dans l'ancienne Loi, telle qu'elle s'appliquait en 1954 dans l'affaire dont il était saisi, ce paragraphe établissait simplement une présomption relative à la preuve, soit une question de procédure visée par le sous-alinéa 44d)(iii) de la *Loi d'interprétation*, de sorte qu'il était possible d'appliquer cette nouvelle disposition aux faits antérieurs à l'abrogation de l'ancienne Loi.

(iv) Ground two—irrelevant considerations—  
security reasons

[27] Mr. Fast further attacks the notice arguing the allegation in the notice states that, in 1947, he failed to divulge to Canadian officials responsible for selecting individuals wishing to come to Canada his activities during the Second World War. He says this allegation amounts to an extraneous jurisdictional error because in 1947, immigration officials did not have legal authority to reject an applicant on these stated grounds.

[28] The backdrop to this argument is the structure of the *Immigration Act* as it was in force in 1947 and the scope as well as the applicability of various orders in council made under that existing statute at the time. Also involved in the consideration of this issue is whether, absent statutory authority, the royal prerogative governing entry of persons to Canada could be relied upon.

[29] In support of their argument on this point, counsel to Mr. Fast refers to three decisions of this Court in citizenship revocation cases where the issue was discussed and decided. Those cases are *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Dueck*, [1999] 3 F.C. 203; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Katriuk* (1999), 156 F.T.R. 161, a decision of Nadon J.; and *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Kisluk* (1999), 169 F.T.R. 161, a decision of Lutfy J., as he then was.

[30] In *Dueck, supra*, Mr. Justice Noël came to the conclusion that in July 1948, there was no authority under the *Immigration Act* [R.S.C. 1927, c. 93] then in force and the orders in council passed under that Act to reject prospective immigrants on the grounds they had collaborated with the enemy. He also came to the conclusion Parliament, in enacting the *Immigration Act*, entirely displaced the royal prerogative which might have been the basis for the rejection of potential immigrants on security grounds.

(iv) Deuxième moyen—Non-pertinence—  
Raisons de sécurité

[27] M. Fast conteste également l'avis au motif que l'allégation qui y figure lui reproche de ne pas avoir divulgué aux fonctionnaires canadiens responsables de la sélection des personnes désireuses de venir au Canada, en 1947, les activités auxquelles il s'est livré pendant la Deuxième Guerre mondiale. Il affirme que cette allégation constitue une erreur de compétence parce que la loi ne conférait pas aux fonctionnaires de l'Immigration le pouvoir de refouler un demandeur pour ces motifs, en 1947.

[28] Cet argument a pour toile de fond la structure de la *Loi sur l'immigration* en vigueur en 1947 ainsi que la teneur et l'applicabilité des différents décrets pris en vertu de cette Loi, telle qu'elle existait alors. L'examen de cette question exige aussi que soit tranchée la question de savoir si, en l'absence d'un pouvoir d'origine législative, la prérogative royale régissant l'entrée des personnes au Canada pouvait être invoquée.

[29] À l'appui de leur argumentation sur ce point, les avocats de M. Fast invoquent trois décisions de notre Cour en matière de révocation de la citoyenneté dans lesquelles cette question a été examinée et tranchée. Il s'agit des décisions *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Dueck*, [1999] 3 C.F. 203; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Katriuk* (1999), 156 F.T.R. 161, prononcée par le juge Nadon; et *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Kisluk* (1999), 169 F.T.R. 161, prononcée par le juge Lutfy, devenu depuis juge en chef adjoint.

[30] Dans l'affaire *Dueck*, précitée, le juge Noël est parvenu à la conclusion que la *Loi sur l'immigration* [S.R.C. 1927, ch. 93] en vigueur en juillet 1948 et les décrets pris sous le régime de cette Loi ne conféraient pas le pouvoir de refouler les immigrants éventuels au motif qu'ils avaient collaboré avec l'ennemi. Il a aussi conclu que le législateur, en édictant la *Loi sur l'immigration*, avait entièrement supplanté la prérogative royale qui aurait pu justifier le refoulement des immigrants éventuels pour des raisons de sécurité.

[31] Mr. Justice Noël wrote [at paragraph 304, pages 274-275]:

While at common law, no alien immigrant had a right to enter Canada, the *Immigration Act* in force in 1948 determined the eligibility of prospective immigrants. In the case of the respondent, it was decided by an immigration officer in July 1948 that he complied with the provisions of the Act and that he met the conditions prescribed by the applicable orders in council. As such, he became entitled to enter Canada. That he would have been barred from entry if he had truthfully disclosed his past by reference to considerations which were extraneous to the Act and the applicable orders in council cannot alter the fact that he was lawfully admitted to Canada.

[32] In *Katriuk*, Mr. Justice Nadon said at paragraph 111 [pages 207-208] of his decision:

In **Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Dueck** . . . my colleague Mr. Justice Noël comes to the conclusion that, until the enactment of order in council P.C. 1950-2856, there was no authority under the **Immigration Act, 1927**, and the orders in council enacted thereunder, to refuse entry into Canada of immigrants on security grounds. I agree with the view taken by Noël, J. However, on August 14, 1951, when the respondent was landed in Canada, there was clearly a legal basis to refuse entry to immigrants who did not meet the security requirements.

[33] In *Kisluk, supra*, Lutfy J. (now A.C.J.) was satisfied on the basis of Orders in Council P.C. 4849 and P.C. 4851 that, in December 1948, immigration officers had the legal authority to prohibit the landing into Canada of immigrants on grounds they were either undesirables or security risks, a conclusion which he said was fully consistent with the prohibition against the entry of persons who do not fulfill, meet or comply with the conditions and requirements of any regulation found in paragraph 3(i) of the then *Immigration Act* [R.S.C. 1927, c. 93]. In *Kisluk, supra*, Mr. Justice Lutfy considered *Dueck* and concluded the applicant's submissions in the case before him differed substantially from those which had been argued before Mr. Justice Noël in *Dueck, supra*. He also distinguished Mr. Justice McKeown's decision in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Bogutin* (1998), 144 F.T.R. 1 (F.C.T.D.), on the basis that the issue of legal authority had not been raised in any

[31] Le juge Noël a écrit ce qui suit [au paragraphe 304, pages 274 et 275]:

Même si, en vertu de la common law, aucun immigrant étranger n'avait le droit de débarquer au Canada, la *Loi de l'immigration* en vigueur en 1948 déterminait l'admissibilité des candidats à l'immigration. Un agent d'immigration a statué en juillet 1948 que le défendeur remplissait les conditions de la Loi et qu'il satisfaisait aux conditions prescrites par les décrets applicables. C'est pourquoi le défendeur a eu le droit d'entrer au Canada. Même si, en raison de considérations qui n'avaient rien à voir avec la Loi et les décrets applicables, il n'aurait pu être admis au Canada s'il avait révélé honnêtement ses activités passées, il n'en demeure pas moins qu'il a été légalement admis au Canada.

[32] Dans la décision *Katriuk*, le juge Nadon a écrit, au paragraphe 111 [pages 207 et 208] de ses motifs:

Dans la décision **Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Dueck**, [ . . . ] mon collègue, Monsieur le juge Noël, conclut qu'avant l'adoption du décret C.P. 1950-2856, rien ne permettait en vertu de la **Loi de l'immigration de 1927** et des décrets y afférents de refuser l'entrée d'immigrants au Canada pour des raisons de sécurité. Je souscris à l'avis exprimé par le juge Noël. Toutefois, le 14 août 1951, lorsque le défendeur a obtenu le droit d'établissement au Canada, il existait clairement un fondement juridique permettant de refuser l'entrée des immigrants qui ne satisfaisaient pas aux normes de sécurité.

[33] Dans l'affaire *Kisluk*, précitée, le juge Lutfy (maintenant juge en chef adjoint) était convaincu, en se fondant sur les décrets C.P. 4849 et C.P. 4851, qu'en décembre 1948, les agents d'immigration avaient légalement le pouvoir d'interdire l'entrée et l'établissement d'immigrants au Canada au motif qu'ils étaient indésirables ou qu'ils constituaient un risque pour la sécurité. Il estimait cette conclusion tout à fait cohérente avec l'interdiction d'entrer faite dans l'alinéa 3(i) de la *Loi sur l'immigration* [S.R.C. 1927, ch. 93] alors en vigueur. Dans la décision *Kisluk*, précitée, le juge Lutfy a examiné la décision *Dueck* et conclu que les prétentions du demandeur dans l'affaire dont il était saisi différaient considérablement de celles formulées devant le juge Noël dans l'affaire *Dueck*, précitée. Il a aussi établi une distinction avec la décision rendue par le juge McKeown dans l'affaire *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Bogutin* (1998), 144 F.T.R. 1 (C.F. 1<sup>re</sup>

significant way in that case.

## II. Application to this case

[34] The issue in this case is whether the Minister and the Attorney General of Canada have met the burden of the *Bull Laboratories* test.

### (a) First ground—No justiciable issue and no exercise of statutory power

[35] In my view, the Minister and the Attorney General have not, on this first ground, demonstrated that Mr. Fast's judicial review application has no possibility of success and that the grounds of no justiciability and no exercise of statutory power are not sufficiently strong to enable this Court to dismiss that application. My reasons are twofold.

[36] First, while I am satisfied the Minister's notice gave Mr. Fast the substance of his alleged misrepresentations, sufficient for him to decide whether he should or should not elect for a reference, I am, nevertheless, troubled by the openness of the basket allegation and the flexibility which the Minister has reserved upon herself to include other activities than those specified in the notice. It is debatable whether the allegations as framed meet the requirements established by Mr. Justice Noël in *Dueck, supra*, and Mr. Justice MacKay in *Odynsky, supra*.

[37] I, nevertheless, see no substance in Mr. Fast's argument that he did not appreciate what was meant in the notice as to his collaboration or association with the German wartime authorities.

[38] Counsel for the Minister and the Attorney General placed great emphasis on the argument that Mr. Fast's rights were not affected and, therefore, his

inst.), sur le fondement que la question du pouvoir légal n'avait pas été vraiment soulevée dans cette affaire.

## II. Application à la présente espèce

[34] La question à trancher en l'espèce est celle de savoir si le ministre et le procureur général du Canada ont satisfait au critère établi dans la décision *Bull Laboratories*.

### (a) Premier moyen—Absence de question relevant de la compétence des tribunaux et d'exercice d'un pouvoir prévu par une loi

[35] Selon moi, le ministre et le procureur général n'ont pas démontré, en invoquant ce premier moyen, que la demande de contrôle judiciaire présentée par M. Fast n'avait aucune chance d'être accueillie et que l'absence de question relevant de la compétence des tribunaux et d'exercice d'un pouvoir prévu par une loi ne constituait pas un moyen suffisamment convaincant pour permettre à la Cour de rejeter la demande. Mes motifs comportent deux volets.

[36] Premièrement, bien que j'estime que l'avis du ministre a exposé à M. Fast l'essentiel des fausses déclarations qu'on lui reproche et qu'il est suffisant pour lui permettre de choisir de demander ou non le renvoi de l'affaire, j'ai des réserves au sujet de la portée indéterminée de l'allégation fourre-tout et de la marge de manœuvre que le ministre s'est réservée pour pouvoir y inclure des activités autres que celles décrites dans l'avis. La question de savoir si les allégations, telles qu'elles sont formulées, satisfont aux exigences fixées par le juge Noël dans l'affaire *Dueck*, précitée, et par le juge MacKay dans l'affaire *Odynsky*, précitée, est discutable.

[37] J'estime toutefois non fondée la prétention de M. Fast selon laquelle il n'a pas saisi ce que signifiait l'avis quant à sa collaboration ou à son association avec les autorités allemandes en temps de guerre.

[38] Les avocats du ministre et du procureur général ont beaucoup insisté sur leur prétention que les droits de M. Fast ne sont pas touchés et que sa demande de



judicial review application was not justiciable. Counsel relied on the Federal Court of Appeal's decision in *Luitjens v. Canada (Secretary of State)* (1992), 9 C.R.R. (2d) 149, where leave to appeal to the Supreme Court of Canada was dismissed [[1992] 2 S.C.R. viii). They also relied upon the Supreme Court of Canada's decision in *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602 for the proposition that *certiorari* will not lie as a remedy unless the public body has power to decide any matter affecting the rights, interests, property, privileges or liberties of any person.

[39] It is debatable, particularly, whether these two cases relied upon by counsel for the Minister and the Attorney General apply in the context of Mr. Fast's argument which focusses on the necessity of compliance with a statutory requirement related to the adequacy of the content of the prescribed notice.

[40] I am further not satisfied the Minister and the Attorney General have made out a case the Minister, in issuing the notice, was not exercising a statutory power contemplated by section 2 of the *Federal Court Act* and, in this respect, the Federal Court of Appeal's decision in *Gestion Complexe Cousineau (1989) Inc. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, [1995] 2 F.C. 694 and *Krause v. Canada*, [1999] 2 F.C. 476 are apt.

[41] Second, on the face of the record, relying upon several decisions of this Court in revocation cases, it cannot be said no debatable issue arises on Mr. Fast's arguments that what he may or may not have said to immigration officials in 1947 when he applied to immigrate to Canada were extraneous to the acquisition of his citizenship in 1954. Furthermore, in my view, it cannot be clearly said the authority of immigration officials to exclude him on security grounds was not fairly arguable.

contrôle judiciaire échappe donc à la compétence des tribunaux. Ils se sont appuyés sur l'arrêt rendu par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Luitjens c. Canada (Secrétaire d'État)* (1992), 9 C.R.R. (2d) 149, dans laquelle la Cour suprême du Canada a rejeté la demande d'autorisation de pourvoi [[1992] 2 R.C.S. viii]. Ils ont aussi invoqué l'arrêt *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602, à l'appui de leur prétention qu'il n'est pas possible d'exercer un recours en *certiorari* à moins que l'organisme public ait le pouvoir de trancher une question qui a une incidence sur les droits, intérêts, biens, privilèges ou libertés d'une personne.

[39] Peut encore être débattue, notamment, la question de savoir si les deux causes invoquées par les avocats du ministre et du procureur général s'appliquent dans le contexte de l'argument de M. Fast, qui est axé sur l'obligation de satisfaire à une exigence imposée par la loi quant à la suffisance du contenu de l'avis prescrit.

[40] En outre, je ne suis pas convaincu que le ministre et le procureur général ont prouvé que le ministre, lorsqu'il a donné l'avis, n'exerçait pas un pouvoir prévu par une loi au sens de l'article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale* et, sur ce point, les arrêts *Gestion Complexe Cousineau (1989) Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, [1995] 2 C.F. 694 et *Krause c. Canada*, [1999] 2 C.F. 476 de la Cour d'appel fédérale sont pertinents.

[41] Deuxièmement, à la lecture du dossier, si je me reporte à plusieurs décisions de la Cour en matière de révocation de la citoyenneté je conclus qu'on ne peut affirmer qu'aucune question susceptible de faire l'objet d'un débat ne ressort des arguments de M. Fast, selon lesquels les faits qu'il a pu révéler ou dissimuler aux fonctionnaires de l'Immigration en 1947, au moment de présenter sa demande d'immigration au Canada, n'ont rien à voir avec l'acquisition de sa citoyenneté en 1954. Je suis aussi d'avis qu'on ne peut affirmer clairement que la question de savoir si les fonctionnaires de l'Immigration avaient le pouvoir de refouler M. Fast pour des raisons de sécurité ne peut pas vraiment être plaidée.

[42] Standing alone, these issues would warrant further analysis by this Court on the hearing of Mr. Fast's judicial review application on its merits. I find the words of Mr. Justice Strayer in *Bull Laboratories, supra*, quite fitting that a motion to strike does not cover cases where there is a debatable issue as to the adequacy of allegations.

(b) Second ground—What a reference to this Court means in the context of section 18.5

[43] The Minister and the Attorney General invoked, as a second alternative ground, the provisions of section 18.5 of the *Federal Court Act* which excludes from judicial review cases where an appeal as such is provided for by Parliament in another manner. Specifically, the Minister and the Attorney General argue that the reference to this Court is that other way.

[44] Section 18.5 of the *Federal Court Act* reads:

18.5 Notwithstanding sections 18 and 18.1, where provision is expressly made by an Act of Parliament for an appeal as such to the Court, to the Supreme Court of Canada, to the Court Martial Appeal Court, to the Tax Court of Canada, to the Governor in Council or to the Treasury Board 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 in accordance with that Act. [Emphasis mine.]

[45] The debate between the parties focussed on the meaning of the words "an appeal as such" in section 18.5 of the *Federal Court Act*. Counsel for the Minister and the Attorney General favoured a broad interpretation of these words relying principally on the decision of my colleague Mr. Justice McKeown in *Canada Post Corp. v. Canada (Minister of Public Works)* (1993), 21 Admin. L.R. (2d) 152 (F.C.T.D.).

[46] Counsel for Mr. Fast urged a more restrictive interpretation based on *Union of Nova Scotia Indians*

[42] À elles seules, ces questions justifieraient que la Cour procède à un examen plus approfondi dans le cadre d'une audience sur le bien-fondé de la demande de contrôle judiciaire présentée par M Fast. Je juge très opportuns les propos tenus par le juge Strayer dans l'affaire *Bull Laboratories*, précitée, selon lesquels une requête en radiation ne peut être accueillie dans les situations où la question en litige porte sur la pertinence des allégations.

(b) Deuxième moyen—La signification d'un renvoi devant la Cour dans le contexte de l'article 18.5

[43] Le ministre et le procureur général ont invoqué, comme deuxième moyen subsidiaire, l'article 18.5 de la *Loi sur la Cour fédérale*, qui exclut toute demande de contrôle judiciaire lorsque le législateur a prévu un autre droit d'appel. Le ministre et le procureur général soutiennent plus particulièrement que le renvoi devant la Cour constitue un tel droit d'appel.

[44] Voici l'article 18.5 de la *Loi sur la Cour fédérale*:

18.5 Par dérogation aux articles 18 et 18.1, lorsqu'une loi fédérale prévoit expressément qu'il peut être interjeté appel, devant la Cour fédérale, la Cour suprême du Canada, la Cour d'appel de la cour martiale, la Cour canadienne de l'impôt, le gouverneur en conseil ou le Conseil du Trésor, d'une décision ou d'une ordonnance d'un office fédéral, rendue à tout stade des procédures, cette décision ou cette ordonnance ne peut, dans la mesure où elle est susceptible d'un tel appel, faire l'objet de contrôle, de restriction, de prohibition, d'évocation, d'annulation ni d'aucune autre intervention, sauf en conformité avec cette loi. [Non souligné dans l'original.]

[45] Le débat entre les parties a porté sur la signification du mot «appel» utilisé dans l'article 18.5 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Les avocats du ministre et du procureur général ont prôné une interprétation large et libérale de ce mot en s'appuyant principalement sur la décision rendue par mon collègue le juge McKeown dans l'affaire *Société canadienne des postes c. Canada (Ministre des Travaux publics)* (1993), 21 Admin. L.R. (2d) 152 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

[46] Les avocats de M. Fast ont proposé une interprétation plus restrictive fondée sur l'arrêt *Union of*

*v. Maritimes and Northeast Pipeline Management Ltd.* (1999), 243 N.R. 205 (F.C.A.) in order to preserve the right of judicial review. They argued even where an appeal is provided for by statute, the decision in issue may be judicially reviewed on a ground that cannot be the subject of the appeal relying upon *Rich Colour Prints Ltd. v. Deputy Minister of National Revenue*, [1984] 2 F.C. 246 (C.A.).

[47] They construed the word “appeal” as the review of the decision of an inferior body by Superior Court for the purpose of testing the soundness of the decision and said the determination by this Court on the reference from the Minister is not a review of the Minister’s decision to issue the notice of revocation but rather a fact-finding process designed to determine whether Mr. Fast has obtained, retained, renounced or resumed citizenship by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances in the manner alleged in the notice of revocation. Moreover, the reference does not “finally determine any legal rights”.

[48] This issue of the proper meaning of the words “an appeal as such” is to be resolved as a matter of statutory interpretation and, in this context, it is useful to recall the approach established by the Supreme Court of Canada in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, where Mr. Justice Iacobucci said at page 41, citing with approval Elmer Driedger in *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983) [at page 87]:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

[49] The nature of the decision which a judge of this Court is called upon to render is spelled out by Parliament in paragraph 18(1)(b) in these terms “and the Court decides that the person has obtained, retained, renounced or resumed citizenship by false

*Nova Scotia Indians c. Maritimes and Northeast Pipeline Management Ltd.* (1999), 243 N.R. 205 (C.A.F.) afin de conserver son droit d’introduire une demande de contrôle judiciaire. Ils ont soutenu que, même lorsqu’une loi prévoit qu’il peut être interjeté appel d’une décision, celle-ci peut faire l’objet d’une demande de contrôle judiciaire fondée sur un moyen qui ne peut être invoqué en appel; ils se sont appuyé à cet égard sur l’arrêt *Rich Colour Prints Ltd. c. Sous-ministre du Revenu national*, [1984] 2 C.F. 246 (C.A.).

[47] Ils ont interprété le mot «appel» comme s’entendant de la révision, par une juridiction supérieure, de la décision d’une instance inférieure aux fins d’en vérifier la validité, et affirmé que la décision rendue par la Cour à l’issue du renvoi par le ministre ne constitue pas une révision de la décision du ministre de donner l’avis de révocation, mais plutôt un processus d’enquête sur les faits destiné à établir si M. Fast a acquis, conservé ou répudié sa citoyenneté ou a été réintégré dans celle-ci par fraude ou au moyen d’une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels comme l’allègue l’avis de révocation. De plus, le renvoi ne constitue nullement «un jugement définitif sur des droits juridiques.»

[48] La question de la signification qu’il faut attribuer au mot «appel» relève du domaine de l’interprétation législative et, dans ce contexte, il est utile de rappeler la démarche adoptée par la Cour suprême du Canada dans *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, où le juge Iacobucci a cité en l’approuvant, à la page 41, un passage de l’ouvrage intitulé *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983) d’Elmer Driedger [à la page 87]:

[TRADUCTION] Aujourd’hui il n’y a qu’un seul principe ou solution: il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur.

[49] La nature de la décision qu’un juge de la Cour doit rendre est décrite en ces termes par le législateur à l’alinéa 18(1)b): «la Cour [. . .] a décidé qu’il y avait eu fraude, fausse déclaration ou dissimulation intentionnelle de faits essentiels.» Si la Cour conclut,

representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances". If this Court makes a finding, in a particular case based upon the evidence adduced and necessary legal findings that the statutory requirement has not been met, the Minister cannot make a report to the Governor in Council and the Governor in Council cannot consider whether that person's citizenship should be revoked. In other words, a negative finding by this Court is a bar to revocation of citizenship and consequently deportation from Canada.

[50] The Supreme Court of Canada in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391, at page 413 [paragraph 52], characterized the decision which this Court makes under paragraph 18(1)(b) as "a very particular kind of decision" quoting to the Federal Court of Appeal's decision in *Luitjens v. Canada (Secretary of State)* (1992), 9 C.R.R. (2d) 149, at page 152 as follows:

. . . there is no conflict at all between s. 18(3) and s. 27(1). First, this decision is not a "final judgment" of the court, nor is it an "interlocutory judgment". Although the decision followed a hearing at which much evidence was adduced, it was merely a finding of fact by the court, which was to form the basis of a report by the minister and, eventually, a decision of the Governor in Council, as described by ss. 10 and 18(1). The decision did not finally determine any legal rights.

[51] In *Tobiass, supra*, the Supreme Court of Canada was sensitive to the interlocutory decisions which a reference judge would make during the course of a reference. At paragraph 56 [pages 414-415] of its decision, the Supreme Court of Canada said this:

Although the issue does not arise here, there is a great deal of force to the argument that s. 18(1) of the *Citizenship Act* encompasses not only the ultimate decision as to whether citizenship was obtained by false pretences, but also those decisions made during the course of a s. 18 reference which are related to this determination. This would encompass all the interlocutory decisions which the court is empowered to make in the context of a s. 18 reference (see, for instance, s. 46 of the *Federal Court Act* and Rules 5, 450-455, 461, 477, 900-920, 1714 and 1715 of the *Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663). This interpretation of s. 18(1) was adopted by the Federal Court of Appeal in *Luitjens, supra*, where it was held that interlocutory decisions made

dans une instance donnée, en se fondant sur la preuve produite et les conclusions de droit nécessaires, que l'exigence fixée par la loi n'a pas été respectée, le ministre ne peut pas soumettre un rapport au gouverneur en conseil et le gouverneur en conseil ne peut pas examiner la question de savoir si la citoyenneté de l'intéressé doit être révoquée. En d'autres termes, une conclusion défavorable de la Cour empêche la révocation de la citoyenneté et l'expulsion en conséquence du Canada.

[50] À la page 413 [paragraphe 52] de l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391, la Cour suprême du Canada a dit de la décision rendue par la Cour en vertu de l'alinéa 18(1)b) qu'il s'agissait d'un «genre très particulier de décision» et elle a cité l'arrêt prononcé par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Luitjens c. Canada (Secrétaire d'État)* (1992), 9 C.R.R. (2d) 149, à la page 152:

Il n'y a [. . .] aucune contradiction entre les deux paragraphes [18(3) et 27(1)]. Tout d'abord, la décision n'est pas un «jugement définitif» de la Cour, pas plus qu'un «jugement interlocutoire». Même si la décision faisait suite à une audience au cours de laquelle de nombreux éléments de preuve ont été produits, il s'agissait simplement d'une conclusion de fait de la part de la Cour, qui devait constituer le fondement d'un rapport du ministre et, à terme, d'une décision du gouverneur en conseil, comme le décrivent l'article 10 et le paragraphe 18(1). La décision n'a déterminé en fin de compte aucun droit juridique.

[51] Dans l'arrêt *Tobiass*, précité, la Cour suprême du Canada s'est préoccupée des décisions interlocutoires qu'un juge saisi d'un renvoi rend dans le cadre du renvoi. Au paragraphe 56 [pages 414 et 415] de sa décision, la Cour suprême du Canada a écrit:

Bien que la question ne se pose pas en l'espèce, l'argument suivant est très séduisant: le par. 18(1) de la *Loi sur la citoyenneté* vise non seulement la décision ultime tranchant la question de savoir si la citoyenneté a été obtenue par des moyens frauduleux, mais également les décisions rendues au cours du renvoi prévu à l'art. 18 s'y rapportant. Cela comprendrait tous les jugements interlocutoires que le tribunal a le pouvoir de rendre dans le contexte d'un renvoi prévu à l'art. 18 (voir, par exemple, l'art. 46 de la *Loi sur la Cour fédérale* et les règles 5, 450 à 455, 461, 477, 900 à 920, 1714 et 1715 des *Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663). Cette interprétation du par. 18(1) a été adoptée par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Luitjens*, précité, où il

in the context of s. 18(1) reference are decisions made “under” s. 18(1). It is not necessary for the purpose of this decision to determine whether this conclusion should be varied. That should only be done in an appeal where the issue arises from the facts.

[52] At paragraph 59 [page 415] of its decision, the Supreme Court of Canada added this:

Furthermore, it may be that allowing appeals from interlocutory decisions made in the context of a s. 18 reference would effectively defeat Parliament’s goal of finality in citizenship matters. As McLachlin J. observed in *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, there is a valid policy concern to control the “plethora of interlocutory appeals and the delays which inevitably flow from them” (p. 641).

[53] In my view, *Tobiass* and *Luitjens*, *supra*, define the approach to the question of whether a reference can be said to be an appeal for the purposes of section 18.5 of the *Federal Court Act*. As I see it, a reference is effectively a trial to determine, as a matter of fact, whether a person has obtained his/her citizenship in a manner proscribed by Parliament. During that trial, which is conducted through the avenue of an action under Part 4 of the Rules, a judge is necessarily called upon to make numerous procedural and evidentiary rulings as well as to make findings of law and this was recognized by the Supreme Court of Canada in *Tobiass*, *supra*.

[54] I adopt the principles established by Justice McKeown in *Canada Post*, *supra*. They were:

(1) The purpose and intent of Parliament in enacting section 18.5 of the *Federal Court Act* was two-fold: first, the rationale behind this section is to ensure the party seeks a remedy specifically prescribed by Parliament in the statute governing the proceedings rather than resorting to judicial review under section 18.1; and, the second purpose is to avoid a multiplicity of proceedings.

a été décidé que les jugements interlocutoires rendus dans le contexte d’un renvoi prévu au par. 18(1) sont des décisions «visée[s] au» par. 18(1). Il n’est pas nécessaire aux fins du présent pourvoi de déterminer si cette conclusion devrait être modifiée. Cela ne devrait être fait que dans le cadre d’un appel où la question découlerait des faits.

[52] Au paragraphe 59 [page 415] de cet arrêt, la Cour suprême du Canada a ajouté:

En outre, il se peut qu’en autorisant les appels formés contre les jugements interlocutoires rendus dans le contexte d’un renvoi prévu à l’art. 18 on aille effectivement à l’encontre du but que le législateur fédéral visait en conférant un caractère définitif aux décisions en matière de citoyenneté. Comme le juge McLachlin l’a fait remarquer dans l’arrêt *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, des préoccupations de politique générale légitimes justifient la lutte menée contre la «pléthore d’appels interlocutoires avec les retards qu’ils entraînent nécessairement» (p. 641).

[53] À mon avis, les arrêts *Tobiass* et *Luitjens*, précités, définissent la démarche qu’il convient d’adopter pour déterminer si un renvoi peut être considéré comme un appel aux fins de l’article 18.5 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Selon moi, un renvoi est effectivement une instruction visant à trancher la question de fait qui consiste à savoir si une personne a acquis sa citoyenneté par des moyens interdits par le législateur. Au cours de cette instruction, qui se déroule sous la forme d’une action régie par la partie 4 des Règles, un juge doit nécessairement rendre de nombreuses décisions relatives à la procédure et à la preuve, ainsi que tirer des conclusions de droit; la Cour suprême du Canada l’a reconnu dans l’affaire *Tobiass*, précitée.

[54] Je retiens les principes suivants, établis par le juge McKeown dans l’affaire *Société canadienne des postes*, précitée:

(1) Le but et l’intention du législateur, lorsqu’il a édicté l’article 18.5 de la *Loi sur la Cour fédérale*, comportaient deux aspects: premièrement, la raison d’être de cet article est d’assurer que l’intéressé exercera le recours expressément prévu par le législateur dans la loi régissant la procédure, plutôt que de présenter une demande de contrôle judiciaire en vertu de l’article 18.1; deuxièmement, cet article vise à éviter la multiplicité des instances.

(2) Whether a particular process constitutes an appeal for section 18.5 purposes should be viewed by analysing the process substantively and not as a matter of form. The word “appeal” is not a term of art.

(3) An appeal for section 18.5 purposes is a review process whereby the decision made below may be examined as to its soundness. He was of the view an appeal may include a trial *de novo*, an appeal to the Governor in Council, a stated case appeal and traditional appeals upon the record created in the tribunal or court below (at pages 155-156).

(4) Section 18.5 is designed to limit the operation of sections 18 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4] and 18.1 [as enacted *idem*, s. 5] of the *Federal Court Act* to cases where no review or appeal is provided in the governing statute.

(5) Relying on the Federal Court of Appeal’s decision in *Minister of National Revenue v. Parsons*, [1984] 2 F.C. 331, jurisdictional issues are not to be dealt with separately from appeal questions. In his view, the Federal Court of Appeal buttressed this proposition in *Optical Recording Corp. v. Canada*, [1991] 1 F.C. 309, where Mr. Justice Urie stated at page 321 of that decision:

Accordingly, it matters not whether the assessment made on June 3, 1985 is at this stage moot or not. By virtue of s. 29 of the *Federal Court Act* the Trial Division lacked jurisdiction to grant the relief sought in the section 18 application since the *Income Tax Act* provides the appropriate procedure for appealing the assessment. In those proceedings, all issues relating to the assessment, including its validity and mootness, may be raised.

[55] In *Canada Post, supra*, Mr. Justice McKeown struck out a judicial review application because section 44 of the *Access to Information Act* [R.S.C., 1985, c. A-1] provided a trial *de novo*.

[56] Mr. Justice McKeown’s approach to what review process constitutes an appeal for section 18.5

(2) Il faut trancher la question de savoir si un processus donné constitue un appel aux fins de l’application de l’article 18.5 en analysant le fond et non la forme de ce processus. Le mot «appel» n’est par un terme technique.

(3) Un appel au sens de l’article 18.5 est un processus de révision visant à vérifier la validité de la décision rendue par une instance inférieure. Le juge McKeown était d’avis qu’un appel peut s’entendre d’un procès *de novo*, d’un appel devant le gouverneur en conseil, d’un appel par voie d’exposé de cause et d’un appel traditionnel d’après le dossier constitué devant le tribunal administratif ou judiciaire d’instance inférieure (aux pages 155 et 156).

(4) L’article 18.5 est conçu pour limiter l’application des articles 18 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4] et 18.1 [édicte, *idem*, art. 5] de la *Loi sur la Cour fédérale* aux situations dans lesquelles la loi applicable ne prévoit ni appel ni révision.

(5) Selon l’arrêt *Ministre du Revenu national c. Parsons*, [1984] 2 C.F. 331, de la Cour d’appel fédérale, les questions de compétence ne doivent pas être tranchées séparément des questions soulevées en appel. De l’avis du juge McKeown, la Cour d’appel fédérale a étayé ce principe dans *Optical Recording Corp. c. Canada*, [1991] 1 C.F. 309, où le juge Urie a écrit, à la page 321:

Par conséquent, il est sans intérêt de savoir si la cotisation établie le 3 juin 1985 est, à cette étape-ci, purement théorique ou non. Aux termes de l’article 29 de la *Loi sur la Cour fédérale*, la Section de première instance n’avait pas compétence pour accorder la réparation demandée dans la requête fondée sur l’article 18, étant donné que la *Loi de l’impôt sur le revenu* prévoit la procédure appropriée pour en appeler de la cotisation. Dans le cadre de cette procédure, on peut soulever toutes les questions litigieuses concernant la cotisation, y compris sa validité ou son caractère théorique.

[55] Dans la décision *Société canadienne des postes*, précitée, le juge McKeown a radié une demande de contrôle judiciaire parce que l’article 44 de la *Loi sur l’accès à l’information* [L.R.C. (1985), ch. A-1] prévoyait un procès *de novo*.

[56] La démarche adoptée par le juge McKeown pour trancher la question de savoir quel processus de

purposes is confirmed in the following case law:

(a) *Cangene Corp. v. Eli Lilly & Co.* (1995), 63 C.P.R. (3d) 377 (F.C.T.D.) where Jerome A.C.J. struck out a judicial review application because the provisions of the *Patent Act* [R.S.C., 1985, c. P-4] “clearly demonstrate that Parliament has provided a comprehensive scheme for challenging the decisions of the Commissioner of Patents” (at page 379);

(b) *Albion Transportation Research Corp. v. Canada*, [1998] 1 F.C. 78 (T.D.), where Gibson J. barred an attack on the validity of a notice of assessment because that matter was one which Parliament intended the Tax Court to deal with;

(c) *Aliments Prince Food Inc. v. Canada (Department of Agriculture and Agri-Food)* (1999), 164 F.T.R. 104 (F.C.T.D.), where Dubé J. followed Justice McKeown in *Canada Post, supra*;

(d) *Shun v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 35 Imm. L.R. (2d) 211 (F.C.A.) where the Federal Court of Appeal sustained the judgment of Pinard J. who struck a judicial review application from a decision of a citizenship judge refusing his application for citizenship. Stone J.A. said subsection 14(5) of the *Citizenship Act* provides a comprehensive right of appeal and that the Court was satisfied the questions of jurisdiction of the Citizenship Judge and of the alleged improprieties in the manner in which he dealt with the application for citizenship could be perused on an appeal under subsection 14(5) and the appropriate remedies granted.

(e) *Smith v. Minister of National Revenue* (1992), 8 Admin. L.R. (2d) 146 (F.C.T.D.), where Mr. Justice Rothstein, then with the Trial Division, struck out a judicial review application seeking to challenge and ascertain forfeiture under the *Customs Act* [R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1] because the *Customs Act*

révision constitue un appel aux fins de l’application de l’article 18.5 a été confirmée dans les décisions suivantes:

a) *Cangene Corp. c. Eli Lilly & Co.* (1995), 63 C.P.R. (3d) 377 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), dans laquelle le juge en chef adjoint Jerome a radié une demande de contrôle judiciaire parce qu’il «ressort des dispositions de la *Loi sur les brevets* [L.R.C. (1985), ch. P-4] que le législateur a prévu un ensemble complet de mécanismes qui permettent de contester une décision du commissaire aux brevets» (à la page 379);

b) *Albion Transportation Research Corp. c. Canada*, [1998] 1 C.F. 78 (1<sup>re</sup> inst.), dans laquelle le juge Gibson a jugé irrecevable la contestation de la validité d’un avis de cotisation parce que, selon l’intention du législateur, cette question devait être tranchée par la Cour de l’impôt;

c) *Aliments Prince Food Inc. c. Canada (Ministère de l’Agriculture et Agroalimentaire)* (1999), 164 F.T.R. 104 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), dans laquelle le juge Dubé a suivi l’opinion exprimée par le juge McKeown dans *Société canadienne des postes*, précitée;

d) *Shun c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)* (1996), 35 Imm. L.R. (2d) 211 (C.A.F.), dans laquelle la Cour d’appel fédérale a confirmé le jugement du juge Pinard, qui avait radié une demande de contrôle judiciaire visant la décision d’un juge de la citoyenneté de rejeter une demande de citoyenneté. Le juge Stone, de la Cour d’appel, a dit que le paragraphe 14(5) de la *Loi sur la citoyenneté* prévoyait un droit d’appel général et que la Cour était convaincue que les questions de la compétence du juge de la citoyenneté et des prétendues irrégularités qu’il aurait commises dans le traitement de la demande de citoyenneté pouvaient être examinées en détail et les réparations appropriées accordées dans le cadre d’un appel interjeté sous le régime du paragraphe 14(5);

e) *Smith c. Ministre du Revenu national* (1992), 8 Admin. L.R. (2d) 146 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), dans laquelle le juge Rothstein, alors de la Section de première instance, a radié une demande de contrôle judiciaire visant à contester une saisie compensatoire pratiquée sous le régime de la *Loi sur les douanes* [L.R.C.

provided a statutory scheme of appeal.

[57] Based on these authorities which establish a clear line, I am convinced the reference process mandated by paragraph 18(1)(b) of the Act coupled with Part 4 of the Rules which govern references, provides a vehicle whereby the soundness of the notice of revocation issued by the Minister under section 18 of the Act can be tested and reviewed on the grounds which Mr. Fast identifies in his judicial review application. Those grounds, it will be recalled, were alleged to be jurisdictional ones related to the adequacy of the notice, irrelevant considerations in the notice which alleges he made a misrepresentation in 1947 to immigration officials and the attack in the notice which states that, in 1947, he failed to divulge to Canadian officials responsible for selecting individuals wishing to come to Canada his activities during the Second World War.

[58] The second and third grounds advanced by counsel for Mr. Fast have already been the subject of several decisions of this Court in revocation cases because they raised legal issues which necessarily had to be decided before it arrived at the decision which Parliament called upon this Court to make. Those arguments may be put by Mr. Fast in the reference he has requested with the result that his attack on the notice will be reviewed by this Court in that context.

[59] The first ground relating to the adequacy of the notice has also been the subject of comment in revocation cases, proof that the adequacy of the notice is reviewed in the reference. Mr. Fast wants to strike out the notice on jurisdictional grounds because of the basket allegation and the vagueness of the words "collaboration" and "association". Assuming the Minister made a jurisdictional error in issuing the notice with such alleged defects, clearly, Mr. Fast could challenge the notice under rule 208 of the Rules which now govern references.

[60] I conclude Mr. Fast's judicial review application could not possibly succeed and must be struck.

(1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 1] parce que cette Loi prévoyait un processus d'appel.

[57] Vu ces décisions, qui indiquent clairement la voie à suivre, je suis convaincu que le processus de renvoi prévu par l'alinéa 18(1)b) de la Loi, combiné à la partie 4 des Règles qui régit le renvoi, offre un mécanisme permettant de vérifier et examiner le bien-fondé de l'avis de révocation donné par le ministre en vertu de l'article 18 de la Loi au regard des moyens invoqués par M. Fast dans sa demande de contrôle judiciaire. Rappelons que ces moyens touchent la compétence et portent sur la suffisance de l'avis, la non-pertinence de facteurs énoncés dans l'avis, qui reproche au demandeur d'avoir fait une fausse déclaration aux fonctionnaires de l'Immigration, et l'allégation l'accusant de ne pas avoir divulgué, en 1947, aux fonctionnaires canadiens responsables de la sélection des personnes désireuses de venir au Canada, les activités auxquelles il s'était livré au cours de la Deuxième Guerre mondiale.

[58] Les deuxième et troisième moyens invoqués par les avocats de M. Fast ont déjà fait l'objet de plusieurs décisions de la Cour en matière de révocation parce qu'ils soulèvent des questions que la Cour devait nécessairement trancher avant de prononcer la décision que le législateur lui demandait de rendre. M. Fast peut faire valoir ces arguments dans le cadre du renvoi qu'il a demandé, de sorte que la Cour examinera sa contestation de l'avis dans ce contexte.

[59] Le premier moyen touchant la suffisance de l'avis a aussi fait l'objet de remarques dans des instances en matière de révocation, ce qui prouve que la Cour examine la suffisance de l'avis dans le cadre du renvoi. M. Fast sollicite la radiation de l'avis pour des motifs touchant la compétence en raison de l'allégation fourre-tout et de l'imprécision des mots «collaboration» et «association». Tenant pour acquis que le ministre a commis une erreur de compétence en donnant l'avis entaché de ces prétendues lacunes j'estime qu'il est clair que M. Fast peut contester l'avis en vertu de la règle 208 des Règles qui régissent maintenant les renvois.

[60] Je conclus que la demande de contrôle judiciaire de M. Fast n'a aucune chance d'être accueillie et



Clearly, Parliament intended that all matters, including those advanced by Mr. Fast in his judicial review integrally connected to the reference process, be decided within the reference framework.

#### DISPOSITION

[61] For all of these reasons, this judicial review application is struck on the grounds that it is barred by section 18.5 of the *Federal Court Act*. No costs are awarded to the successful respondents.

qu'elle doit être radiée. L'intention du législateur est claire: toutes les questions liées intégralement au processus de renvoi, y compris celles soulevées par M. Fast dans sa demande de contrôle judiciaire, doivent être tranchées dans le cadre du renvoi.

#### DISPOSITIF

[61] Pour ces motifs, la demande de contrôle judiciaire est radiée parce qu'interdite par l'article 18.5 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Les dépens ne sont pas adjugés aux défendeurs, dont la requête est accueillie.

T-1442-99

T-1442-99

**Sandra Lanier Bains** (*Appellant/Applicant*)**Sandra Lanier Bains** (*appelante/demanderesse*)

v.

c.

**Canada (Minister of Citizenship and Immigration)**  
(*Respondent/Respondent*)**Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)**  
(*intimé/défendeur*)*INDEXED AS: BAINS v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (T.D.)**RÉPERTORIÉ: BAINS c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (1<sup>re</sup> INST.)*

Trial Division, Dawson J.—Toronto, June 2; Ottawa, August 11, 2000.

Section de première instance, juge Dawson—Toronto, 2 juin; Ottawa, 11 août 2000.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Citizens — Appeal from denial of citizenship — Appellant not responding to request for fingerprints to confirm whether Citizenship Act, ss. 21, 22 applied to her — S. 21 stipulating no period during which person on probation, parole, in penitentiary, jail, counted as period of residence — S. 22 providing person may not become citizen while on probation, parole, in prison — Appellant signed (1) citizenship application containing declaration prohibitions in s. 22 not applicable; (2) notice attesting Citizenship Judge satisfied requirements of Act met, except whether appellant subject to s. 22 prohibition; confirming appellant not subject to immigration, criminal proceedings since filed application for citizenship — Citizenship Judge held appellant failed to rebut presumption prohibited from being granted citizenship by Act, ss. 21, 22 — Appeal dismissed — Attestation in notice not relevant evidence as appellant not attesting under oath not subject to any prohibition under s. 22 — Simply recorded Citizenship Judge could not ascertain appellant not subject to disqualification — Procedure under Citizenship Regulations, 1993 on receipt of application indicating statements in citizenship application not taken at face value — Where party fails to bring before tribunal evidence within ability to adduce, inference evidence not adduced unfavourable — Citizenship Judge entitled to infer from failure to provide fingerprints result of complying would have been unfavourable to citizenship application.*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Citoyens — Appel du refus d'attribuer la citoyenneté — L'appelante n'avait pas répondu à une demande en vue de l'obtention de ses empreintes digitales, destinée à confirmer si elle était visée par les art. 21 et 22 de la Loi sur la citoyenneté — L'art. 21 prévoit que ne sont pas prises en compte pour la durée de résidence les périodes au cours desquelles l'intéressé a été sous le coup d'une ordonnance de probation, a bénéficié d'une libération conditionnelle ou a été détenu dans un pénitencier ou une prison — L'art. 22 prévoit que nul ne peut devenir citoyen pendant la période où il est sous le coup d'une ordonnance de probation, il bénéficie d'une libération conditionnelle, il est détenu dans une prison — L'appelante avait signé 1) un formulaire de demande de citoyenneté renfermant une déclaration disant que les interdictions énumérées à l'art. 22 ne s'appliquaient pas; 2) un avis indiquant que le juge de la citoyenneté était convaincu que les exigences de la Loi avaient été remplies sauf la question de savoir si l'appelante était visée par une interdiction selon l'art. 22 et une attestation confirmant que, depuis qu'elle avait présenté sa demande de citoyenneté, elle n'avait pas fait l'objet de procédures criminelles ou concernant l'immigration — Le juge de la citoyenneté a conclu que l'appelante avait omis de réfuter la présomption selon laquelle l'application des art. 21 et 22 de la Loi l'empêchait d'obtenir la citoyenneté — Appel rejeté — L'attestation figurant dans l'avis n'était pas un élément de preuve pertinent étant donné que l'appelante n'y avait pas attesté sous serment qu'elle n'était pas assujettie à une interdiction prévue à l'art. 22 — L'avis faisait simplement état du fait que le juge de la citoyenneté n'avait pas pu vérifier si l'appelante était visée par ce motif d'inadmissibilité — La procédure qui doit être suivie en vertu du Règlement sur la citoyenneté, 1993 sur réception d'une demande indique que les déclarations qui sont faites dans une demande de citoyenneté ne sont pas prises au pied de la lettre — Lorsqu'une partie omet de présenter au tribunal un élément de preuve qu'elle est en mesure de fournir, il est inféré que cet élément ne lui aurait pas été favorable — Le juge de la citoyenneté pouvait à bon droit inférer que si*

*Evidence — Citizenship applicant disregarding request to provide fingerprints regarding Citizenship Act, ss. 21, 22 — Application denied — Citizenship Judge holding that, in refusing to furnish prints, appellant failing to rebut presumption prohibited from citizenship grant by ss. 21, 22 — Whether Judge erred in making presumption — Where party failing to adduce evidence within own ability to tender, tribunal may draw inference evidence not adduced unfavourable to party unless reasonable explanation provided — Meaning of “presumption” in law of evidence — In context of drawing inference from established fact, Citizenship Judge did not err in use of word “presumption”.*

This was an appeal from the refusal of citizenship. After applying for Canadian citizenship, the appellant received a request dated November 12, 1998 to provide her fingerprints to confirm whether or not *Citizenship Act*, sections 21 or 22 applied to her. Section 21 stipulates that no period during which a person has been under a probation order, a paroled inmate, or confined in or been an inmate of any penitentiary, jail, reformatory or prison may be counted as a period of residence. Section 22 provides that a person cannot become a Canadian citizen while under a probation order, on parole or in prison. The applicant did not respond to the letter. Thereafter, she appeared before a Citizenship Judge who refused the application for citizenship because she had refused to provide fingerprints, thus failing to rebut the presumption that she was prohibited from being granted Canadian citizenship by sections 21 and 22.

The appellant had signed the citizenship application which warns applicants that they must advise if, in the past three years, they have been convicted of a crime or, during the past four years have been an inmate of a penitentiary or jail or on probation or parole, or are presently charged with a crime. It also contains a declaration that the prohibitions in section 22 do not apply, and an undertaking to advise a citizenship officer if anything changes before taking the oath of citizenship. She later signed a “Notice to the Minister of the Decision of the Citizenship Judge” indicating that the Citizenship Judge was satisfied that all of the requirements of the Act had been met except whether the appellant was subject to a prohibition under section 22. The Citizenship Judge noted “could not ascertain” in relation to this prohib-

*l'appelante avait omis de fournir ses empreintes digitales, c'était parce que le résultat aurait nui à sa demande de citoyenneté.*

*Preuve — La personne qui demandait la citoyenneté n'avait pas répondu à une demande visant l'obtention d'empreintes digitales, relativement aux art. 21 et 22 de la Loi sur la citoyenneté — Demande rejetée — Le juge de la citoyenneté avait conclu qu'en refusant de fournir des empreintes, l'appelante avait omis de réfuter la présomption selon laquelle l'application des art. 21 et 22 l'empêchait d'obtenir la citoyenneté — Question de savoir si le juge avait commis une erreur en appliquant la présomption — Lorsqu'une partie omet de présenter un élément de preuve qu'elle est en mesure de fournir, le tribunal peut inférer que cet élément ne lui aurait pas été favorable, à moins que des explications raisonnables ne soient fournies — Sens du mot «présomption» en droit de la preuve — Dans le contexte de l'inférence à faire par suite d'un fait établi, le juge de la citoyenneté n'a pas commis d'erreur en employant le mot «présomption».*

Il s'agissait d'un appel du refus d'attribuer la citoyenneté. Après avoir soumis sa demande de citoyenneté canadienne, l'appelante a reçu une lettre en date du 12 novembre 1998 lui demandant de fournir ses empreintes digitales afin de confirmer si elle était visée par les articles 21 ou 22 de la *Loi sur la citoyenneté*. L'article 21 prévoit que ne sont pas prises en compte pour la durée de résidence les périodes où l'intéressé a été sous le coup d'une ordonnance de probation, a bénéficié d'une libération conditionnelle ou a été détenu dans un pénitencier, une prison ou une maison de correction. L'article 22 prévoit que nul ne peut devenir citoyen canadien pendant la période où il est sous le coup d'une ordonnance de probation, il bénéficie d'une libération conditionnelle, il est détenu dans une prison. L'appelante n'a pas répondu à la lettre. Par la suite, elle s'est présentée devant un juge de la citoyenneté, qui a rejeté la demande de citoyenneté pour le motif qu'elle avait refusé de fournir des empreintes digitales, omettant ainsi de réfuter la présomption selon laquelle elle ne pouvait pas obtenir la citoyenneté canadienne, en application des articles 21 et 22.

L'appelante avait signé le formulaire de demande de citoyenneté dans lequel on informe le demandeur qu'il doit faire savoir si, au cours des trois dernières années, il a été trouvé coupable d'un acte criminel ou si, au cours des quatre dernières années, il a été détenu dans un pénitencier ou dans une prison, sous probation ou sous libération conditionnelle, ou s'il est actuellement accusé d'un crime. Le formulaire renferme également une déclaration disant que les interdictions énumérées à l'article 22 ne s'appliquent pas et que le demandeur promet d'informer un agent de la citoyenneté de tout changement qui pourrait survenir avant qu'il prête le serment de citoyenneté. L'appelante a par la suite signé un: «Avis au ministre de la décision du juge de la citoyenneté» indiquant que le juge de la citoyenneté était

ition. The appellant completed an attestation that she had not been subject to immigration or criminal proceedings since she filed her application for citizenship. She maintained that, in addition to this evidence, there was no indication in the record that she had a criminal record and that at best, the Judge could not ascertain from the computer check whether the appellant had a criminal record.

The issues were whether the Citizenship Judge erred by misapprehending the evidence, or by failing to consider relevant evidence to the effect that the appellant did not fall within section 21 or 22, or in applying a "presumption" with respect to sections 21 and 22, and whether the appellant had been denied procedural fairness because of inadequate disclosure of the allegations made against her.

*Held*, the appeal should be dismissed.

The appropriate standard of review to be applied on appeals brought under *Citizenship Act*, subsection 14(5) is close to the correctness end of the spectrum.

The Citizenship Judge neither failed to consider relevant evidence nor misapprehended the evidence before her. The attestation contained in the notice, other than her evidence swearing that the appellant had not been subject to criminal proceedings since filing her application for citizenship, was not relevant evidence because the appellant did not attest under oath that she was not subject to any prohibition under section 22. The notice simply recorded that the existence of facts showing that the appellant was not subject to such disqualification was something which the Citizenship Judge "could not ascertain" even after the appellant had appeared before her. That the appellant completed the attestation indicated that she took no issue with the Citizenship Judge's statement "could not ascertain".

Statements made in an application for citizenship are not to be taken at face value, as indicated by the requirement under the *Citizenship Regulations, 1993*, that on receipt of an application, inquiries are to be made to determine whether the requirements of the Act and Regulations have been met, and for referral to a citizenship judge who may ask the Minister to send a notice to the applicant giving him an opportunity to appear before the citizenship judge to give evidence. A citizenship applicant is required to furnish any additional evidence that may be required to establish that he meets the statutory requirements.

convaincu que toutes les exigences de la Loi avaient été remplies sauf la question de savoir si l'appelante était visée par une interdiction selon l'article 22. Le juge de la citoyenneté a noté relativement à cette interdiction: [TRADUCTION] «N'ai pas pu vérifier.» L'appelante a signé une attestation selon laquelle, depuis sa demande de citoyenneté, elle n'avait pas fait l'objet de procédures criminelles ou concernant l'immigration. Elle a maintenu qu'en plus de cet élément de preuve, il n'y avait rien dans le dossier qui tende à montrer qu'elle avait un casier judiciaire et qu'au mieux, en consultant les données inscrites à l'ordinateur, le juge ne pouvait pas vérifier si elle avait un casier judiciaire.

Il s'agissait de savoir si le juge de la citoyenneté avait commis une erreur en interprétant la preuve d'une façon erronée, en omettant de tenir compte d'éléments de preuve pertinents tendant à montrer que l'appelante n'était pas visée par l'article 21 ou 22 de la Loi ou en appliquant une «présomption» à l'égard des articles 21 et 22, et si le juge avait respecté les règles d'équité procédurale puisque les allégations qui étaient faites contre l'appelante n'avaient pas été divulguées d'une façon adéquate.

*Jugement*: l'appel doit être rejeté.

La norme de contrôle à appliquer aux appels interjetés en vertu du paragraphe 14(5) de la *Loi sur la citoyenneté* se rapproche de la norme de la décision correcte.

Le juge de la citoyenneté n'a pas omis de tenir compte d'éléments de preuve pertinents et il n'a pas interprété d'une façon erronée la preuve dont il disposait. L'attestation figurant dans l'avis, à part le fait que l'appelante avait déclaré sous serment qu'elle n'avait pas fait l'objet de poursuites criminelles depuis qu'elle avait présenté sa demande de citoyenneté, n'était pas un élément de preuve pertinent étant donné que l'appelante n'y avait pas attesté sous serment qu'elle n'était pas visée par une interdiction prévue à l'article 22. L'avis faisait plutôt simplement état du fait que le juge de la citoyenneté «n'avait pas pu vérifier», même après que l'appelante se fut présentée devant elle, si cette dernière était visée par ce motif d'inadmissibilité. Le fait que l'appelante avait signé cette attestation montrait qu'elle ne remettait pas en question la déclaration selon laquelle le juge de la citoyenneté «n'avait pas pu vérifier».

Les déclarations qui sont faites dans une demande de citoyenneté ne doivent pas être prises au pied de la lettre, comme l'indique la procédure prévue par le *Règlement sur la citoyenneté, 1993*, selon laquelle sur réception d'une demande, on entreprend les enquêtes nécessaires pour déterminer si les exigences applicables de la Loi et du Règlement ont été remplies et l'on saisit le juge de la citoyenneté de la demande, celui-ci pouvant demander au ministre d'envoyer un avis au demandeur, l'informant qu'il a la possibilité de comparaître devant le juge pour déposer sous serment. Le demandeur doit fournir toute preuve supplémentaire qui pourrait être nécessaire pour établir qu'il remplit les conditions prévues par la loi.

As to the assertion that there was no indication in the record before the Citizenship Judge that the appellant had a criminal record, the certified tribunal record contained a copy of a document entitled "Clearance History" indicating "failed" beside the entry "criminal". That document did form the basis for legitimate concern on the part of the Citizenship Judge as to whether section 21 or 22 precluded the grant of citizenship. Given the scheme of the Act and Regulations, it was not sufficient for the appellant to say that having completed her application for citizenship, the government had to disprove what she asserted.

Where a party fails to bring before a tribunal evidence which is within the party's ability to adduce, an inference may be drawn that the evidence not adduced would have been unfavourable to the party. However, no inference may be drawn against a party if a reasonable explanation for the failure to adduce evidence is provided. On the evidence before the Citizenship Judge, particularly the apparent absence of any explanation for the appellant's failure to provide her fingerprints, the Judge was entitled to draw an inference that had the fingerprints been provided, the result would have been unfavourable to her application, and would not have assisted her in establishing that she did not fall within section 21 or section 22. This was the inference recorded in the impugned passage of the Judge's reasons. A presumption of fact is a common sense logical inference that is drawn from proven facts. When established facts raise a presumption of fact, they give rise to a permissive inference which the trier of fact may, but need not, draw. There was no error in the Citizenship Judge's use of the word "presumption".

The first notice that the appellant received of any difficulty with her application was the letter dated November 12, 1998. Both sections 21 and 22 were explained in the letter. There was no evidence that the appellant directed any questions as a result of reviewing the letter. The record did not contain any information about what transpired at the hearing before the Citizenship Judge. The appellant chose not to file any affidavit in support of her application herein, instead filing the affidavit of a legal secretary which simply recorded counsel's request for documents and exhibited the material provided in response thereto. In the absence of any evidence from the appellant specifying in what way she was denied an opportunity to participate in a meaningful fashion before the Citizenship Judge, it could not be held that the Citizenship Judge denied her procedural fairness. The letter of November 12 gave the appellant fair notice of the concerns that she had to address.

Quant à l'assertion selon laquelle il n'y avait rien dans le dossier dont disposait le juge de la citoyenneté qui tende à montrer que l'appelante avait un casier judiciaire, le dossier certifié du tribunal renfermait une copie d'un document intitulé: [TRADUCTION] «Historique de la vérification», indiquant que la situation de l'appelante «n'[avait] pas été attestée», à côté de l'inscription «Activités criminelles». Ce document a de fait servi de fondement, lorsque le juge de la citoyenneté s'est demandé, avec raison, si l'application de l'article 21 ou 22 empêchait l'appelante d'obtenir la citoyenneté. Les dispositions de la Loi et du Règlement sont telles qu'il ne suffisait pas que l'appelante dise qu'étant donné qu'elle avait rempli le formulaire de demande de citoyenneté, il incombait au gouvernement de réfuter ses déclarations.

Lorsqu'une partie omet de présenter au tribunal un élément de preuve qu'elle est en mesure de fournir, il est possible d'inférer que cet élément ne lui aurait pas été favorable. Toutefois, aucune inférence ne peut être faite contre une partie si une explication raisonnable est fournie pour justifier l'omission de présenter un élément de preuve. Compte tenu de la preuve dont disposait le juge de la citoyenneté, et en particulier compte tenu de l'absence apparente d'explication justifiant l'omission de l'appelante de fournir ses empreintes digitales, le juge pouvait à bon droit inférer que si l'appelante avait fourni ses empreintes digitales, le résultat aurait nui à sa demande et ne l'aurait pas aidée à établir qu'elle n'était pas visée par l'article 21 ou par l'article 22. C'était l'inférence que le juge de la citoyenneté avait faite dans le passage contesté de sa décision. Une présomption de fait est une inférence logique fondée sur le bon sens, tirée des faits qui ont été prouvés. Lorsque les faits établis donnent lieu à une présomption de fait, le juge des faits peut faire une inférence, mais il n'est pas tenu d'en faire une. Le juge de la citoyenneté n'a pas commis d'erreur en employant le mot «présomption».

L'appelante a initialement été avisée de l'existence d'un problème à l'égard de sa demande au moyen de la lettre du 12 novembre 1998. Des explications étaient fournies dans la lettre au sujet des articles 21 et 22. Rien ne montrait que l'appelante eût posé des questions à la suite de la réception de la lettre. Le dossier ne renfermait aucun renseignement au sujet de ce qui s'était passé à l'audience qui avait eu lieu devant le juge de la citoyenneté. L'appelante a décidé de ne pas déposer d'affidavit à l'appui de sa demande, mais elle a plutôt déposé l'affidavit d'une secrétaire juridique qui disait simplement que l'avocat avait demandé certains documents, les documents fournis en réponse y étant joints. En l'absence d'une preuve fournie par l'appelante, précisant de quelle façon on lui avait refusé la possibilité de participer d'une façon valable à l'audience tenue par le juge de la citoyenneté, on ne saurait conclure que le juge de la citoyenneté n'a pas respecté les règles d'équité procédurale à l'endroit de l'appelante. La lettre du 12 novembre avisait d'une façon suffisante l'appelante des questions auxquelles elle devait répondre.

## STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 14(5), 21, 22 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 11; S.C. 1992, c. 47, s. 67; c. 49, s. 124; 1999, c. 31, s. 42).  
*Citizenship Regulations, 1993*, SOR/93-246, ss. 11(1) (as am. by SOR/94-442, s. 2), (5) (as am. *idem*), (7) (as am. *idem*), 12 (as am. *idem*), 28.

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Lam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 164 F.T.R. 177 (F.C.T.D.).

## REFERRED TO:

*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Malik* (1997), 128 F.T.R. 309 (F.C.T.D.).

## AUTHORS CITED

Sopinka, John and Lederman, Sidney N. *The Law of Evidence in Civil Cases*. Toronto: Butterworths, 1974.  
 Sopinka, John et al. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Markham, Ontario: Butterworths, 1999.  
 Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1979.

APPEAL from the refusal of citizenship because the appellant did not respond to a request to provide fingerprints in order to establish that *Citizenship Act*, sections 21 and 22 did not apply, thus failing to rebut the presumption that the appellant was prohibited from being granted Canadian citizenship by sections 21 and 22. Appeal dismissed.

## APPEARANCES:

*Clayton C. Ruby* for appellant/applicant.  
*Leena Jaakkimainen* for respondent/respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Ruby & Edwardh*, Toronto, for appellant/applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent/respondent.

## LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 14(5), 21, 22 (mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 11; L.C. 1992, ch. 47, art. 67; ch. 49, art. 124; 1999, ch. 31, art. 42).  
*Règlement sur la citoyenneté, 1993*, DORS/93-246, art. 11(1) (mod. par DORS/94-442, art. 2), (5) (mod., *idem*), (7) (mod., *idem*), 12 (mod., *idem*), 28.

## JURISPRUDENCE

## DÉCISION APPLIQUÉE:

*Lam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1999), 164 F.T.R. 177 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## DÉCISION MENTIONNÉE:

*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Malik* (1997), 128 F.T.R. 309 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## DOCTRINE

Sopinka, John and Lederman, Sidney N. *The Law of Evidence in Civil Cases*. Toronto: Butterworths, 1974.  
 Sopinka, John et al. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Markham, Ontario: Butterworths, 1999.  
 Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1979.

APPEL du refus d'attribuer la citoyenneté fondé sur le fait que l'appelante n'avait pas répondu à la demande qui lui avait été faite de fournir des empreintes digitales afin d'établir que les articles 21 et 22 de la *Loi sur la citoyenneté* ne s'appliquaient pas, omettant ainsi de réfuter la présomption selon laquelle les articles 21 et 22 interdisaient de lui attribuer la citoyenneté canadienne. Appel rejeté.

## ONT COMPARU:

*Clayton C. Ruby* pour l'appelante/demanderesse.  
*Leena Jaakkimainen* pour l'intimé/défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Ruby & Edwardh*, Toronto, pour l'appelante/demanderesse.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé/défendeur.

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

[1] DAWSON J.: On January 8, 1998 Sandra Lanier Bains submitted an application for Canadian citizenship. In a decision dated June 18, 1999, Citizenship Judge Suzanne Pinel denied Ms. Bains' application for Canadian citizenship because Ms. Bains had refused requests to provide her fingerprints.

[2] Ms. Bains brings this appeal from the Citizenship Judge's decision pursuant to subsection 14(5) of the *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29, as amended, (Act). Ms. Bains alleges that the Citizenship Judge erred in law by requiring her fingerprints and that the Judge also denied Ms. Bains procedural fairness.

#### OVERVIEW OF THE FACTS

[3] Approximately 10 months after submitting her application for citizenship, Ms. Bains apparently received a letter dated November 12, 1998 from Citizenship and Immigration Canada. The letter advised Ms. Bains that after reviewing the biographical information contained on her application form, there "may be a question in your case with regard to the provisions of sections 21 and/or 22 of the Citizenship Act or possibly involving another person having the same name and biographical data as yours. Therefore, if you wish to proceed with your application, I would ask that you arrange to have your fingerprints taken at your earliest convenience".

[4] To put this request in context, sections 21 and 22 [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 11; S.C. 1992, c. 47, s. 67; c. 49, s. 124; 1999, c. 31, s. 42] of the Act respectively provide that:

21. Notwithstanding anything in this Act, no period may be counted as a period of residence for the purpose of this Act during which a person has been, pursuant to any enactment in force in Canada,

(a) under a probation order;

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

[1] LE JUGE DAWSON: Le 8 janvier 1998, Sandra Lanier Bains a présenté une demande en vue d'obtenir la citoyenneté canadienne. Dans une décision en date du 18 juin 1999, le juge de la citoyenneté Suzanne Pinel a rejeté la demande pour le motif que M<sup>me</sup> Bains avait refusé de se conformer aux demandes visant l'obtention d'empreintes digitales.

[2] M<sup>me</sup> Bains interjette appel contre la décision que le juge de la citoyenneté a rendue, conformément au paragraphe 14(5) de la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29, dans sa forme modifiée (la Loi). M<sup>me</sup> Bains allègue que le juge de la citoyenneté a commis une erreur de droit en lui demandant de fournir ses empreintes digitales et, en outre, que le juge n'a pas respecté les règles d'équité procédurale à son égard.

#### APERÇU DES FAITS

[3] Environ 10 mois après avoir soumis sa demande de citoyenneté, M<sup>me</sup> Bains a apparemment reçu une lettre en date du 12 novembre 1998 de Citoyenneté et Immigration Canada. Cette lettre avisait M<sup>me</sup> Bains que l'examen des données signalétiques figurant dans son formulaire semblait indiquer [TRADUCTION] «qu'une question peut se poser à votre sujet en ce qui concerne les articles 21 ou 22 de la Loi sur la citoyenneté ou au sujet d'une autre personne dont le nom et les données signalétiques sont identiques aux vôtres. Par conséquent, si vous souhaitez poursuivre votre demande, je vous prie de prendre des dispositions pour faire prendre vos empreintes digitales le plus tôt possible».

[4] Pour replacer cette demande dans son contexte, il convient de citer les articles 21 et 22 [mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 11; L.C. 1992, ch. 47, art. 67; ch. 49, art. 124; 1999, ch. 31, art. 42] de la Loi, qui prévoient respectivement ce qui suit:

21. Malgré les autres dispositions de la présente loi, ne sont pas prises en compte pour la durée de résidence les périodes où, en application d'une disposition législative en vigueur au Canada, l'intéressé:

a) a été sous le coup d'une ordonnance de probation;

(b) a paroled inmate; or

(c) confined in or been an inmate of any penitentiary, jail, reformatory or prison.

22. (1) Notwithstanding anything in this Act, a person shall not be granted citizenship under section 5 or subsection 11(1) or take the oath of citizenship

(a) while the person is, pursuant to any enactment in force in Canada,

(i) under a probation order,

(ii) a paroled inmate, or

(iii) confined in or is an inmate of any penitentiary, jail, reformatory or prison;

(b) while the person is charged with, on trial for or subject to or a party to an appeal relating to an offence under subsection 29(2) or (3) or an indictable offence under any Act of Parliament, other than an offence that is designated as a contravention under the *Contraventions Act*;

(c) while the person is under investigation by the Minister of Justice, the Royal Canadian Mounted Police or the Canadian Security Intelligence Service for, or is charged with, on trial for, subject to or a party to an appeal relating to, an act or omission referred to in subsection 7(3.71) of the *Criminal Code*;

(d) if the person has been convicted of an offence in respect of an act or omission referred to in subsection 7(3.71) of the *Criminal Code*;

(e) if the person requires but has not obtained the consent of the Minister, under subsection 55(1) of the *Immigration Act*, to be admitted to and remain in Canada as a permanent resident; or

(f) if, during the five years immediately preceding the person's application, the person ceased to be a citizen pursuant to subsection 10(1).

(2) Notwithstanding anything in this Act, but subject to the *Criminal Records Act*, a person shall not be granted citizenship under section 5 or subsection 11(1) or take the oath of citizenship if,

(a) during the three year period immediately preceding the date of the person's application, or

(b) during the period between the date of the person's application and the date that the person would otherwise be granted citizenship or take the oath of citizenship,

b) a bénéficié d'une libération conditionnelle;

c) a été détenu dans un pénitencier, une prison ou une maison de correction.

22. (1) Malgré les autres dispositions de la présente loi, nul ne peut recevoir la citoyenneté au titre de l'article 5 ou du paragraphe 11(1) ni prêter le serment de citoyenneté:

a) pendant la période où, en application d'une disposition législative en vigueur au Canada:

(i) il est sous le coup d'une ordonnance de probation,

(ii) il bénéficie d'une libération conditionnelle,

(iii) il est détenu dans un pénitencier, une prison ou une maison de correction;

b) tant qu'il est inculpé pour une infraction prévue aux paragraphes 29(2) ou (3) ou pour un acte criminel prévu par une loi fédérale, autre qu'une infraction qualifiée de contravention en vertu de la *Loi sur les contraventions*, et ce, jusqu'à la date d'épuisement des voies de recours;

c) tant qu'il fait l'objet d'une enquête menée par le ministre de la Justice, la Gendarmerie royale du Canada ou le Service canadien du renseignement de sécurité, relativement à un fait visé au paragraphe 7(3.71) du *Code criminel*, ou tant qu'il est inculpé pour une infraction relative à ce fait et ce, jusqu'à la date d'épuisement des voies de recours;

d) s'il a été déclaré coupable d'une infraction relative à un fait visé au paragraphe 7(3.71) du *Code criminel*;

e) s'il n'a pas obtenu l'autorisation du ministre éventuellement exigée aux termes du paragraphe 55(1) de la *Loi sur l'immigration* pour être admis au Canada et y demeurer à titre de résident permanent;

f) si, au cours des cinq années qui précèdent sa demande, il a cessé d'être citoyen en application du paragraphe 10(1).

(2) Malgré les autres dispositions de la présente loi, mais sous réserve de la *Loi sur le casier judiciaire*, nul ne peut recevoir la citoyenneté au titre de l'article 5 ou du paragraphe 11(1) ni prêter le serment de citoyenneté s'il a été déclaré coupable d'une infraction prévue aux paragraphes 29(2) ou (3) ou d'un acte criminel prévu par une loi fédérale, autre qu'une infraction qualifiée de contravention en vertu de la *Loi sur les contraventions*:

a) au cours des trois ans précédant la date de sa demande;

b) entre la date de sa demande et celle prévue pour l'attribution de la citoyenneté ou la prestation du serment.



the person has been convicted of an offence under subsection 29(2) or (3) or of an indictable offence under any Act of Parliament, other than an offence that is designated as a contravention under the *Contraventions Act*.

[5] The record does not show that any response was made to the letter of November 12, 1998 and Ms. Bains did not assert that any response was made. The certified record before the Court indicates that thereafter, a notice to appear was issued to Ms. Bains requiring that she appear on May 7, 1999 because the “citizenship judge needs more information to make a decision about your citizenship application and you must appear for a hearing”.

[6] Ms. Bains attended the hearing before the Citizenship Judge.

[7] Ms. Bains never did provide her fingerprints.

### THE DECISION

[8] Citizenship Judge Pinel’s decision on these facts was as follows:

On May 7<sup>th</sup>, 1999, you appeared before me for a hearing of your application for Canadian Citizenship. At that time, I reserved my decision. This letter is to inform you that I regret your application for Canadian citizenship is not approved.

There is an indication on file that you might have a criminal record which may give rise to the application of sections 21 and 22 of the Citizenship Act. Section 21 provides that no period while, pursuant to any enactment in force in Canada, a person has been or been an inmate of a penitentiary, goal [*sic*], reformatory or prison, can be counted as a period of residence in Canada. Section 22 prohibits the granting of Canadian citizenship while the applicant is under a probation order, is a paroled inmate, is confined in or an inmate of a penitentiary, goal [*sic*], reformatory or prison, or is charged with, or on trial for, subject to or a party to an appeal relating to an indictable offence or an offence under the Citizenship Act, or has been convicted of such an offence within the three years preceding the date of application or between that date and the date he would have otherwise been granted citizenship.

You were asked by the Registrar of Citizenship in a letter dated November 12<sup>th</sup>, 1998, to provide your fingerprints so

[5] Le dossier ne comporte pas de réponse à la lettre du 12 novembre 1998 et M<sup>me</sup> Bains n’a pas soutenu qu’il y en avait eu une. Selon le dossier certifié dont dispose la Cour, un avis de convocation a par la suite été délivré à M<sup>me</sup> Bains, lui enjoignant de se présenter le 7 mai 1999; cet avis est ainsi libellé: «Le juge de la citoyenneté a besoin de plus de renseignements pour prendre une décision au sujet de votre demande de citoyenneté. Vous devez donc vous présenter à une entrevue».

[6] M<sup>me</sup> Bains s’est présentée à cette entrevue.

[7] M<sup>me</sup> Bains n’a jamais fourni d’empreintes digitales.

### LA DÉCISION

[8] Le juge de la citoyenneté Pinel a rendu la décision suivante eu égard à ces faits:

[TRADUCTION] Le 7 mai 1999, vous avez comparu devant moi pour l’audition de votre demande de citoyenneté canadienne. J’ai alors reporté ma décision. Cette lettre vise à vous informer que, malheureusement, la demande de citoyenneté n’est pas approuvée.

Selon le dossier, vous avez peut-être un casier judiciaire susceptible d’entraîner l’application des articles 21 et 22 de la Loi sur la citoyenneté. L’article 21 prévoit que ne sont pas prises en compte pour la durée de résidence les périodes où, en application d’une disposition d’une loi en vigueur au Canada, l’intéressé a été détenu dans un pénitencier, une prison ou une maison de correction. En vertu de l’article 22, nul ne peut recevoir la citoyenneté canadienne pendant la période où il est sous le coup d’une ordonnance de probation, il bénéficie d’une libération conditionnelle, il est détenu dans un pénitencier, une prison ou une maison de correction, tant qu’il est inculqué pour un acte criminel ou pour une infraction à la Loi sur la citoyenneté, et ce, jusqu’à la date d’épuisement des voies de recours, ou encore s’il a été déclaré coupable d’une infraction au cours des trois ans précédant la date de sa demande ou entre la date de sa demande et celle prévue pour l’attribution de la citoyenneté.

Dans une lettre datée du 12 novembre 1998, le greffier de la citoyenneté vous a demandé de fournir vos empreintes

as to confirm whether or not either of sections 21 or 22 were applicable to you. When you appeared before me, you were given another opportunity to show that the aforementioned provisions did not apply to you, by providing me with your fingerprints.

Since you have refused to provide your fingerprints despite the opportunities that were given to you in that regard, I consider that you have failed to rebut the presumption that you are prohibited from being granted Canadian citizenship by the operation of section 21 and 22 or [*sic*] the Citizenship Act.

This is not an appropriate case for the exercise of discretion under the subsections 5(3) and 5(4) of the Citizenship Act because Section 22 specifically provides that whenever it applies, a person shall not be granted citizenship under section 5 or subsection 11(1) or administered the oath of citizenship.

Pursuant to the provisions of subsection 14(3) of the Citizenship Act, you are, therefore, advised that, for the above reasons, your application for citizenship is not approved.

### THE ISSUES

[9] Ms. Bains alleged three specific errors by Citizenship Judge Pinel. They were that the Citizenship Judge:

(1) erred by misapprehending the evidence or by failing to consider relevant evidence to the effect that Ms. Bains did not fall within section 21 or section 22 of the Act;

(2) erred in applying a “presumption” with respect to sections 21 and 22 of the Act; and

(3) denied Ms. Bains procedural fairness because of inadequate disclosure of the allegations made against her.

### THE STANDARD OF REVIEW

[10] Subsection 14(5) of the Act, which creates the right of appeal exercised by Ms. Bains, provides:

digitales de façon à ce qu’il puisse être déterminé si vous êtes visée par les articles 21 ou 22. Lorsque vous vous êtes présentée devant moi, vous avez encore une fois eu la possibilité de démontrer, en fournissant vos empreintes digitales, que vous n’étiez pas visée par les dispositions susmentionnées.

Étant donné que, même si vous avez eu la possibilité de le faire, vous avez refusé de fournir vos empreintes digitales, j’estime que vous avez omis de réfuter la présomption selon laquelle vous ne pouvez pas obtenir la citoyenneté canadienne, en application des articles 21 et 22 de la Loi sur la citoyenneté.

Il ne s’agit pas ici d’un cas dans lequel il convient d’exercer le pouvoir discrétionnaire prévu aux paragraphes 5(3) et 5(4) de la Loi sur la citoyenneté puisque l’article 22 prévoit expressément que, dès que cette disposition s’applique, nul ne peut recevoir la citoyenneté au titre de l’article 5 ou du paragraphe 11(1) ni prêter le serment de citoyenneté.

Conformément aux dispositions du paragraphe 14(3) de la Loi sur la citoyenneté, soyez donc avisée que, pour les motifs susmentionnés, votre demande de citoyenneté n’est pas approuvée.

### LES POINTS LITIGIEUX

[9] M<sup>me</sup> Bains invoque trois erreurs précises que le juge de la citoyenneté Pinel aurait commises, à savoir:

1) Le juge a commis une erreur en interprétant la preuve d’une façon erronée ou en omettant de tenir compte d’éléments de preuve pertinents tendant à montrer que M<sup>me</sup> Bains n’est pas visée par l’article 21 ou 22 de la Loi;

2) Le juge a commis une erreur en appliquant une «présomption» à l’égard des articles 21 et 22 de la Loi;

3) Le juge n’a pas respecté les règles d’équité procédurale puisque les allégations qui étaient faites contre M<sup>me</sup> Bains n’ont pas été divulguées d’une façon adéquate.

### LA NORME DE CONTRÔLE

[10] Le paragraphe 14(5) de la Loi, qui crée le droit d’appel dont M<sup>me</sup> Bains s’est prévalu, est rédigé comme suit:

14. . . .

(5) The Minister or the applicant may appeal to the Court from the decision of the citizenship judge under subsection (2) by filing a notice of appeal in the Registry of the Court within sixty days after the day on which

(a) the citizenship judge approved the application under subsection (2); or

(b) notice was mailed or otherwise given under subsection (3) with respect to the application.

[11] As for the standard of review to be applied on appeals brought under that subsection, in *Lam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 164 F.T.R. 177 (F.C.T.D.) at paragraph 33, Justice Lutfy of this Court, as he then was, stated as follows:

Justice and fairness, both for the citizenship applicants and the Minister, require some continuity with respect to the standard of review while the current Act is still in force and despite the end of the de novo trials. The appropriate standard, in these circumstances, is one close to the correctness end of the spectrum.

#### ANALYSIS

(i) Did the Citizenship Judge err by misapprehending the evidence or by failing to consider relevant evidence?

[12] Ms. Bains through her counsel asserted that the Citizenship Judge erred in failing to consider the evidence Ms. Bains gave to the effect that she did not have a criminal record and did not fall within any of the circumstances giving rise to the application of sections 21 or 22 of the Act.

[13] Ms. Bains provided relevant information on two occasions.

[14] First, the citizenship application warns applicants that they must advise if any of the following apply:

■ you have been in the past 4 years or are now:

14. [. . .]

(5) Le ministre et le demandeur peuvent interjeter appel de la décision du juge de la citoyenneté en déposant un avis d'appel au greffe de la Cour dans les soixante jours suivant la date, selon le cas:

a) de l'approbation de la demande;

b) de la communication, par courrier ou tout autre moyen, de la décision de rejet.

[11] En ce qui concerne la norme de contrôle à appliquer aux appels interjetés en vertu de cette disposition, le juge Lutfy (maintenant juge en chef adjoint de la Cour) a fait les remarques suivantes au paragraphe 33 de la décision *Lam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1999), 164 F.T.R. 177 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.):

La justice et l'équité, tant pour les demandeurs de citoyenneté que pour le ministre, appellent la continuité en ce qui concerne la norme de contrôle pendant que la Loi actuelle est encore en vigueur et malgré la fin des procès de novo. La norme appropriée, dans les circonstances, est une norme qui est proche de la décision correcte.

#### ANALYSE

(i) Le juge de la citoyenneté a-t-il commis une erreur en interprétant la preuve d'une façon erronée ou en omettant de tenir compte d'éléments de preuve pertinents?

[12] Par l'entremise de son avocat, M<sup>me</sup> Bains a affirmé que le juge de la citoyenneté a commis une erreur en omettant de tenir compte de la preuve qu'elle avait présentée, à savoir qu'elle n'avait pas de casier judiciaire et que les circonstances entraînant l'application des articles 21 ou 22 de la Loi ne s'appliquaient pas à elle.

[13] M<sup>me</sup> Bains a fourni des renseignements pertinents à deux reprises.

[14] En premier lieu, dans le formulaire de demande de citoyenneté, on informe le demandeur qu'il doit faire savoir si l'une ou l'autre des interdictions ci-après énoncées s'applique:

[TRADUCTION]

■ Avez-vous été au cours des quatre dernières années ou êtes-vous actuellement:

- an inmate of a penitentiary, jail, reformatory or prison,
- on probation, or
- on parole;
- you have been convicted of a crime in the past 3 years;
- you are now charged with a crime;

[15] The application then requires an applicant to sign immediately below the following:

It is a crime if you lie, leave out information, or give false information on this form. Your citizenship may be taken away and you may be charged under the *Citizenship Act* if your citizenship is obtained by false representation, fraud or by knowingly concealing material circumstances.

- 1) **I understand the prohibitions listed on the left and I hereby declare that these prohibitions do not apply to me. I promise to advise a citizenship officer if anything changes before I take the Oath of citizenship.**
- 2) **I understand the contents of this form and I declare that the information I have provided is true and correct. I understand that, if I make a false declaration, I could be charged under the *Citizenship Act* and/or I could lose my citizenship.**

Ms. Bains signed immediately below those provisions. The prohibitions referred to are those described in paragraph 14 above.

[16] Secondly, on the day Ms. Bains appeared before Citizenship Judge Pinel, Ms. Bains signed a document entitled "Notice to the Minister of the Decision of the Citizenship Judge" (Notice). The relevant portion of this document requires the Citizenship Judge to indicate whether an applicant did or did not satisfy the judge with respect to a number of things, including whether the applicant satisfied the Citizenship Judge that the applicant was not subject to a prohibition under section 22 of the Act.

[17] On the notice, the Citizenship Judge indicated satisfaction with all of the requirements of the Act except whether Ms. Bains was subject to a prohibition

- détenu dans un pénitencier, une prison ou une maison de correction?
- sous probation?
- sous libération conditionnelle?
- Avez-vous été trouvé coupable d'un acte criminel au cours des trois dernières années?
- Êtes-vous actuellement accusé d'un crime?

[15] Le formulaire de demande exige ensuite que le demandeur appose sa signature sous les déclarations suivantes:

[TRADUCTION] Si vous mentez, omettez des renseignements ou donnez de faux renseignements sur ce formulaire, vous commettez un crime. Votre citoyenneté pourrait vous être retirée et vous pourriez être accusé en vertu de la *Loi sur la citoyenneté* si l'acquisition de la citoyenneté était obtenue par fraude ou au moyen d'une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels.

- 1) **Je comprends les interdictions énumérées à gauche et je déclare par les présentes que ces interdictions ne s'appliquent pas à moi. Je promets d'informer un agent de la citoyenneté de tout changement qui pourrait survenir avant que je prête le serment de citoyenneté.**
- 2) **Je comprends le contenu de ce formulaire et je déclare que les renseignements que j'ai fournis sont exacts et corrects. Je comprends que si je fais une fausse déclaration, je pourrais être accusé en vertu de la *Loi sur la citoyenneté* ou je pourrais perdre ma citoyenneté.**

M<sup>me</sup> Bains a apposé sa signature. Les interdictions en question sont celles qui sont mentionnées ci-dessus au paragraphe 14.

[16] En second lieu, le jour où elle s'est présentée devant le juge de la citoyenneté Pinel, M<sup>me</sup> Bains a signé un document intitulé: «Avis au ministre de la décision du juge de la citoyenneté» (l'avis). Le passage pertinent de ce document exige que le juge de la citoyenneté indique si le demandeur satisfait à un certain nombre d'exigences, et notamment qu'il n'est pas visé par une interdiction selon l'article 22 de la Loi.

[17] Sur l'avis, le juge de la citoyenneté a noté que toutes les exigences de la Loi étaient remplies sauf la question de savoir si M<sup>me</sup> Bains était visée par une

under section 22. The Citizenship Judge noted in relation to this prohibition “could not ascertain”.

[18] Immediately below this, Ms. Bains completed the following attestation:

The statements made herein are true and correct and I confirm that I have not been subject to immigration or criminal proceedings, since I filed my application for citizenship.

\_\_\_\_\_  
Applicant's signature

[19] This attestation was sworn by Ms. Bains before the Citizenship Judge.

[20] In addition to referring to this evidence, Ms. Bains maintained that there was no indication in the record that she had a criminal record and that at best, the Judge “could not ascertain” from the computer check whether Ms. Bains had a criminal record.

[21] In this circumstance, Ms. Bains said it was a reversible error for the Citizenship Judge to have failed to consider the evidence provided by Ms. Bains that she did not have a criminal record.

[22] This submission requires careful scrutiny of the evidence provided by Ms. Bains.

[23] Ms. Bains did declare in her citizenship application, not under oath but under risk of prosecution under the Act, that she had not been convicted of a crime in the past three years; that she had not been an inmate of a jail or on probation or parole in the past four years; and that she was not then charged with a crime, or in jail or on probation or parole.

[24] In contrast, I find no relevant evidence was provided by Ms. Bains by virtue of her attestation

interdiction selon l'article 22. Le juge de la citoyenneté a noté relativement à cette interdiction: [TRADUCTION] «N'ai pas pu vérifier».

[18] Sous cette remarque, M<sup>me</sup> Bains a signé l'attestation suivante:

Les déclarations faites dans la présente sont exactes et conformes à la vérité et je confirme que depuis ma demande de citoyenneté, je n'ai pas fait l'objet de procédures criminelles ou concernant l'immigration.

\_\_\_\_\_  
Signature du demandeur

[19] M<sup>me</sup> Bains a prêté serment devant le juge de la citoyenneté à l'égard de cette attestation.

[20] En plus de mentionner cet élément de preuve, M<sup>me</sup> Bains a maintenu qu'il n'y avait rien dans le dossier qui tende à montrer qu'elle avait un casier judiciaire et qu'au mieux, en consultant les données inscrites à l'ordinateur, le juge [TRADUCTION] «[n'avait] pas pu vérifier» si elle avait un casier judiciaire.

[21] Dans ces conditions, M<sup>me</sup> Bains affirme que le juge de la citoyenneté a commis une erreur susceptible de révision en omettant de tenir compte de la preuve qu'elle avait fournie, à savoir qu'elle n'avait pas de casier judiciaire.

[22] Cette prétention exige un examen minutieux de la preuve fournie par M<sup>me</sup> Bains.

[23] Dans son formulaire de demande de citoyenneté, M<sup>me</sup> Bains a déclaré, non sous serment, mais sous peine d'être poursuivie en vertu de la Loi, qu'elle n'avait pas été déclarée coupable d'une infraction criminelle au cours des trois dernières années, qu'elle n'avait pas été détenue dans une prison ou été sous le coup d'une ordonnance de probation ou bénéficié d'une libération conditionnelle au cours des quatre dernières années, et qu'elle n'était ni inculpée d'une infraction criminelle, ni détenue dans une prison, ni sous le coup d'une ordonnance de probation et qu'elle ne bénéficiait pas d'une libération conditionnelle.

[24] Par contre, je ne puis constater l'existence d'aucun élément de preuve pertinent qui aurait été

contained in the notice, other than her evidence swearing that she had not been subject to criminal proceedings since filing her application for citizenship. I find no other positive relevant evidence in the notice because there Ms. Bains did not attest under oath that she was not subject to any prohibition under section 22 of the Act. Rather, the notice simply recorded that the existence of facts showing that Ms. Bains was not subject to such disqualification was something which the Citizenship Judge “could not ascertain”, even after Ms. Bains appeared before her. I conclude from the fact that Ms. Bains completed this attestation that she took no issue with the Citizenship Judge’s statement “could not ascertain”.

[25] In oral argument, Ms. Bains’ counsel submitted that the attestation completed by Ms. Bains on the notice was an attestation in respect of the statements in the notice as well as the statements in her application for citizenship. I do not read the attestation that way, and in the absence of any evidence from Ms. Bains that such was the intended effect of her attestation, I am not prepared to construe it as her counsel suggested.

[26] What then is the effect to be given to the statements made by Ms. Bains in the application for citizenship under the penalty of prosecution? Ms. Bains’ counsel submitted that the reasons made clear that the Citizenship Judge gave no consideration to those statements. He argued that it was a reversible error for the Citizenship Judge to fail to consider relevant evidence or to misapprehend the evidence. Counsel asserted that this error was particularly serious where the evidence was uncontradicted.

[27] In considering the effect of Ms. Bains’ statements made in her application for citizenship, I begin from the premise that statements made in an application for citizenship are not to be taken at face value. This is reflected in the procedure which the *Citizen-*

fourni par M<sup>me</sup> Bains au moyen de l’attestation figurant dans l’avis, à part le fait que M<sup>me</sup> Bains a déclaré sous serment qu’elle n’avait pas fait l’objet de poursuites criminelles depuis qu’elle avait présenté sa demande de citoyenneté. Je ne puis trouver dans l’avis aucun autre élément de preuve pertinent étant donné que M<sup>me</sup> Bains n’y a pas attesté sous serment qu’elle n’était pas visée par une interdiction prévue à l’article 22 de la Loi. L’avis faisait plutôt simplement état du fait que le juge de la citoyenneté [TRADUCTION] «[n’avait] pas pu vérifier», même après que M<sup>me</sup> Bains se fut présentée devant elle, s’il existait certains faits montrant que M<sup>me</sup> Bains n’était pas visée par ce motif d’inadmissibilité. Étant donné qu’elle a signé cette attestation, je conclus que M<sup>me</sup> Bains n’a pas remis en question la déclaration selon laquelle le juge de la citoyenneté «[n’avait] pas pu vérifier».

[25] Dans son argumentation orale, l’avocat de M<sup>me</sup> Bains a soutenu que l’attestation que sa cliente avait signée se rapportait aux déclarations qui étaient faites dans l’avis ainsi qu’aux déclarations qui figuraient dans le formulaire de demande de citoyenneté. Ce n’est pas ainsi que j’interprète l’attestation et, en l’absence d’une preuve de la part de M<sup>me</sup> Bains tendant à montrer que tel était l’effet voulu, je ne suis pas prête à interpréter l’attestation de la façon prônée par l’avocat.

[26] Quel est donc l’effet à attribuer aux déclarations que M<sup>me</sup> Bains a faites, sous peine d’être poursuivie, dans le formulaire de demande de citoyenneté? L’avocat de M<sup>me</sup> Bains a soutenu qu’il ressort clairement des motifs que le juge de la citoyenneté n’a pas tenu compte de ces déclarations. Il a affirmé que le juge de la citoyenneté avait commis une erreur susceptible de révision en omettant de tenir compte d’éléments de preuve pertinents ou en interprétant la preuve d’une façon erronée. L’avocat a affirmé que cette erreur était particulièrement grave étant donné que la preuve n’était pas contredite.

[27] En examinant l’effet des déclarations que M<sup>me</sup> Bains a faites dans son formulaire de demande de citoyenneté, je me fonde au départ sur la prémisse selon laquelle les déclarations qui sont faites dans une demande de citoyenneté ne doivent pas être prises au

*ship Regulations, 1993, SOR/93-246, as amended, (Regulations) mandate be followed on receipt of an application. In part, the Regulations provide [sections 11(1) (as am. by SOR/94-442, s. 2), (5) (as am. *idem*), (7) (as am. *idem*), 12 (as am. *idem*)]:*

11. (1) On receipt of an application made in accordance with subsection 3(1), 6(1), 7(1) or 8(1), the Registrar shall cause to be commenced the inquiries necessary to determine whether the person in respect of whom the application is made meets the requirements of the Act and these Regulations with respect to the application.

...

(5) After completion of the inquiries commenced pursuant to subsection (1), the Registrar shall

(a) in the case of an application and materials filed with a citizenship officer in accordance with subsection 3(1), or forwarded to the Registrar under subsection 3(3), request the citizenship officer with whom the application and materials have been filed or to whom they have been forwarded under subsection 3(5) to refer the application and materials to a citizenship judge for consideration; and

(b) in the case of an application and materials filed under subsection 6(1), 7(1) or 8(1), forward the application and materials to a citizenship officer of the citizenship court that the Registrar considers appropriate in the circumstances, and request the citizenship officer to refer the application and materials to a citizenship judge for consideration.

...

(7) Where it appears to a citizenship judge that the approval of an application referred to the citizenship judge under subsection (5) may not be possible on the basis of the information available, that citizenship judge shall ask the Minister to send a notice in writing by ordinary mail to the applicant, at the applicant's latest known address, giving the applicant an opportunity to appear in person before that citizenship judge at the date, time and place specified in the notice.

...

12. Where, under subsection 11(7), an applicant appears before a citizenship judge, the applicant may be

(a) required to give evidence under oath or not under oath, as the citizenship judge may, at the judge's discretion, decide; and

(b) accompanied by such other persons as the citizenship judge may, at the judge's discretion, permit in the interests of the applicant and of the expeditious determination of the matter.

ped de la lettre. C'est ce qu'indique la procédure qui, selon le *Règlement sur la citoyenneté, 1993, DORS/93-246, dans sa forme modifiée (le Règlement), doit être suivie sur réception d'une demande. Le Règlement prévoit notamment ce qui suit [articles 11(1) (mod. par DORS/94-442, art. 2), (5) (mod., *idem*), (7) (mod., *idem*), 12 (mod., *idem*)]:*

11. (1) Sur réception d'une demande visée aux paragraphes 3(1), 6(1), 7(1) ou 8(1), le greffier fait entreprendre les enquêtes nécessaires pour déterminer si la personne faisant l'objet de la demande remplit les exigences applicables de la Loi et du présent règlement.

[. . .]

(5) Une fois que les enquêtes entreprises en vertu du paragraphe (1) sont terminées, le greffier:

a) dans le cas d'une demande et des documents déposés auprès de l'agent de la citoyenneté conformément au paragraphe 3(1) ou transmis au greffier selon le paragraphe 3(3), demande à l'agent de la citoyenneté auprès de qui ils ont été déposés ou à qui ils ont été transmis conformément au paragraphe 3(5) d'en saisir le juge de la citoyenneté;

b) dans le cas d'une demande et des documents déposés conformément aux paragraphes 6(1), 7(1) ou 8(1), les transmet à l'agent de la citoyenneté du bureau de la citoyenneté qu'il juge compétent en l'espèce et lui demande d'en saisir le juge de la citoyenneté.

[. . .]

(7) Lorsque le juge de la citoyenneté saisi de la demande conformément au paragraphe (5) estime qu'il lui est impossible d'approuver celle-ci sans de plus amples renseignements, il demande au ministre d'envoyer un avis écrit au demandeur à sa dernière adresse connue, par courrier ordinaire, l'informant qu'il a la possibilité de comparaître devant ce juge aux date, heure et lieu qui y sont précisés.

[. . .]

12. Le demandeur qui comparaît devant le juge de la citoyenneté en application du paragraphe 11(7) peut:

a) être tenu de déposer sous serment ou non, selon ce qu'en décide le juge à sa discrétion;

b) être accompagné d'autres personnes que le juge peut admettre, à sa discrétion, dans l'intérêt du demandeur et pour favoriser une décision rapide en la matière.

...

28. Notwithstanding anything in these Regulations, a person who makes an application under the Act shall furnish any additional evidence in connection with the application that may be required to establish that the person meets the requirements of the Act and these Regulations. [Emphasis added.]

[28] As to Ms. Bains' assertion that there was no indication in the record before the Citizenship Judge that she had a criminal record, Ms. Bains submitted that the Citizenship Judge simply "could not ascertain" from the computer check whether Ms. Bains had a criminal record.

[29] This submission requires consideration of the evidence before the Citizenship Judge which could give rise to a concern as to whether Ms. Bains fell within the prohibitions found in section 21 or 22 of the Act.

[30] The notice to appear issued to Ms. Bains bears a handwritten note to the following effect:

BF'd on  
28-5-99  
to re-verify crim clear.  
[initialled]  
7-5-99  
Result: Fingerprints  
still required 14-5-99  
[initialled] 10-6-99  
Suzanne for  
your decision  
please  
[initialled]  
10-6-99

This appears to be advice to the Citizenship Judge in respect of concerns regarding the status of Ms. Bains' criminal clearance.

[31] The certified tribunal record contains a photocopy of a document entitled "Clearance History". The document records under the heading "Status" that Ms. Bains' status was "Cleared" beside the entries "Immigration" and "Security" but "Failed" beside the entry "Criminal".

[. . .]

28. Malgré les autres dispositions du présent règlement, la personne qui présente une demande en vertu de la Loi doit fournir toute preuve supplémentaire qui pourrait être nécessaire pour établir qu'elle remplit les conditions prévues dans la Loi et le présent règlement. [Non souligné dans l'original.]

[28] Quant à l'assertion selon laquelle il n'y avait rien dans le dossier dont disposait le juge de la citoyenneté qui tende à montrer qu'elle avait un casier judiciaire, M<sup>me</sup> Bains a soutenu que le juge de la citoyenneté n'avait tout simplement pas pu vérifier, en consultant les données inscrites à l'ordinateur, si elle avait un casier judiciaire.

[29] Cette prétention exige l'examen de la preuve dont disposait le juge de la citoyenneté et qui aurait pu amener le juge à se demander si M<sup>me</sup> Bains était visée par les interdictions prévues aux articles 21 ou 22 de la Loi.

[30] L'avis de convocation qui a été délivré à M<sup>me</sup> Bains renferme une note manuscrite rédigée comme suit:

[TRANSDUCTION]  
À rappeler le  
28-5-99  
pour vérifier de nouveau l'absence de casier judiciaire  
[initialé]  
7-5-99  
Résultat: il manque encore  
les empreintes 14-5-99  
[initialé] 10-6-99  
Suzanne, pour  
décision  
[initialé]  
10-6-99

Cette note semble avoir été destinée à informer le juge de la citoyenneté des questions qui se posaient relativement à l'absence de casier judiciaire.

[31] Le dossier certifié du tribunal renferme une photocopie d'un document intitulé: [TRANSDUCTION] «Historique de la vérification». Sous la rubrique «Situation», il est mentionné que la situation de M<sup>me</sup> Bains a été «attestée», à côté des inscriptions «Immigration» et «Sécurité», mais qu'elle «n'a pas été



[32] Under the heading “Action” are, among other entries, the following:

Action	Date
Criminal—Failed	10 June 1999
Criminal—Failed	14 Dec. 1998
Criminal—Fingerprint letter sent to client	13 Nov. 1998
Criminal—Requires finger prints	09 Nov. 1998

[33] I conclude from this that, after the required inquiries were made and Ms. Bains’ application was referred to the Citizenship Judge for decision, the “Clearance History” document did form the basis for legitimate concern on the part of the Citizenship Judge as to whether Ms. Bains was precluded from the granting of citizenship by operation of either section 21 or section 22 of the Act.

[34] The legislative scheme of the Act and the Regulations cited above is such that I also conclude that it was not sufficient for Ms. Bains to say, in effect, that having completed her application for citizenship, it was for the government to disprove what she asserted. Put another way, I do not accept Ms. Bains’ submission that she had no obligation to furnish any additional evidence.

[35] Accordingly, I find that Citizenship Judge Pinel in these circumstances neither failed to consider relevant evidence nor misapprehended the evidence before her.

(ii) Did the Citizenship Judge err in applying a “presumption” with respect to sections 21 and 22 of the Act?

[36] In advancing this issue, Ms. Bains took umbrage with the following specific portion of the Citizenship Judge’s reasons:

attestée» à côté de l’inscription «Activités criminelles».

[32] Sous la rubrique «Mesures» figurent entre autres les inscriptions suivantes:

[TRADUCTION]

Mesures	Date
Activités criminelles—Non attestées [. . .]	10 juin 1999
Activités criminelles—Non attestées	14 déc. 1998
Activités criminelles—Lettre envoyée à la cliente en vue de l’obtention d’empreintes digitales	13 nov. 1998
Activités criminelles—Il manque les empreintes digitales	09 nov. 1998

[33] Cela étant, je conclus qu’après que les demandes de renseignements eurent été faites et après que le juge de la citoyenneté eut été saisi de la demande de M<sup>me</sup> Bains pour décision, le document intitulé: [TRADUCTION] «Historique de la vérification» a de fait servi de fondement, lorsque le juge de la citoyenneté s’est demandé, avec raison, si l’application de l’article 21 ou 22 de la Loi empêchait M<sup>me</sup> Bains d’obtenir la citoyenneté.

[34] Les dispositions précitées de la Loi et du Règlement sont telles que je conclus également qu’il ne suffit pas que M<sup>me</sup> Bains dise en fait qu’étant donné qu’elle a rempli le formulaire de demande de citoyenneté, il incombe au gouvernement de réfuter ses déclarations. En d’autres termes, je ne retiens pas la prétention selon laquelle M<sup>me</sup> Bains n’était pas tenue de fournir une preuve supplémentaire.

[35] Je conclus donc que, dans ces conditions, le juge de la citoyenneté Pinel n’a pas omis de tenir compte d’éléments de preuve pertinents ou qu’il n’a pas interprété d’une façon erronée la preuve dont il disposait.

(ii) Le juge de la citoyenneté a-t-il commis une erreur en appliquant une «présomption» à l’égard des articles 21 et 22 de la Loi?

[36] En invoquant cet argument, M<sup>me</sup> Bains a remis en question le passage suivant des motifs du juge de la citoyenneté:

Since you have refused to provide your fingerprints despite the opportunities that were given to you in that regard, I consider that you have failed to rebut the presumption that you are prohibited from being granted Canadian citizenship by the operation of section 21 and 22 or [sic] the Citizenship Act.

[37] Ms. Bains argued that neither section 21 nor section 22 of the Act, created a “presumption” against her. Ms. Bains submitted that the Citizenship Judge erred in creating and applying such a presumption.

[38] Where a party fails to bring before a tribunal evidence which is within the party’s ability to adduce, an inference may be drawn that the evidence not adduced would have been unfavourable to the party. See: *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Malik* (1997), 128 F.T.R. 309 (F.C.T.D.) and the references to *The Law of Evidence in Civil Cases* by J. Sopinka and S. N. Lederman, 1974 and *Wigmore on Evidence* cited therein.

[39] At paragraph 289 in *Evidence in Trials at Common Law* by J. H. Wigmore (Chadbourn revised ed., 1979), the author notes that a party’s refusal to submit to a physical examination should likewise be open to an inference, “for he is virtually withholding evidence”.

[40] However, no inference may be drawn against a party if a reasonable explanation for the failure to adduce evidence is provided (see: *Wigmore, supra*, at paragraph 285).

[41] I find that on the evidence before the Citizenship Judge, particularly the apparent absence of any explanation for the applicant’s failure to provide her fingerprints, the Citizenship Judge was entitled to draw an inference from Ms. Bains’ failure to provide fingerprints. The permissible inference would be that had Ms. Bains provided her fingerprints, the result would have been unfavourable to her application for citizenship, and would not have assisted her in establishing that she did not fall within section 21 or section 22 of the Act.

[TRADUCTION] Étant donné que, même si vous avez eu la possibilité de le faire, vous avez refusé de fournir vos empreintes digitales, j’estime que vous avez omis de réfuter la présomption selon laquelle vous ne pouvez pas obtenir la citoyenneté canadienne, en application des articles 21 et 22 de la Loi sur la citoyenneté.

[37] M<sup>me</sup> Bains a soutenu que ni l’article 21 ni l’article 22 de la Loi ne créent une «présomption» à son encontre. Elle affirme que le juge de la citoyenneté a commis une erreur en créant et en appliquant pareille présomption.

[38] Lorsqu’une partie omet de présenter au tribunal un élément de preuve qu’elle est en mesure de fournir, il est possible d’inférer que cet élément ne lui aurait pas été favorable. Voir: *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Malik* (1997), 128 F.T.R. 309 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), et les renvois à *The Law of Evidence in Civil Cases* par J. Sopinka et S. N. Lederman, 1974 et à *Wigmore on Evidence* qui y sont faits.

[39] Au paragraphe 289 de *Evidence in Trials at Common Law* par J. H. Wigmore (édition rév. de Chadbourn, 1979), l’auteur fait remarquer que le refus d’une partie de subir un contrôle physique devrait de la même façon pouvoir donner lieu à une inférence [TRADUCTION] «puisque cela équivaut presque à dissimuler un élément de preuve».

[40] Toutefois, aucune inférence ne peut être faite contre une partie si une explication raisonnable est fournie pour justifier l’omission de présenter un élément de preuve (voir: *Wigmore, précité*, au paragraphe 285).

[41] Je conclus que, compte tenu de la preuve dont disposait le juge de la citoyenneté, et en particulier compte tenu de l’absence apparente d’explication justifiant l’omission de la demanderesse de fournir ses empreintes digitales, le juge de la citoyenneté pouvait à bon droit faire une inférence par suite de l’omission de M<sup>me</sup> Bains de fournir ses empreintes digitales. Il serait possible d’inférer que si M<sup>me</sup> Bains avait fourni ses empreintes digitales, le résultat aurait nui à sa demande de citoyenneté et ne l’aurait pas aidée à établir qu’elle n’était pas visée par l’article 21 ou par l’article 22 de la Loi.

[42] I conclude that this was, in substance, what the Citizenship Judge did in the impugned passage of her decision.

[43] As for the use of the word “presumption”, in Sopinka, John *et al.*, *The Law of Evidence in Canada* 2nd ed. (1999) at paragraphs 4.4 and 4.5, the author states as follows:

4.4 A presumption of fact is a deduction of fact that may logically and reasonably be drawn from a fact or group of facts found or otherwise established. Put differently, it is a common sense logical inference that is drawn from proven facts. Thus, on proof of fact A, the trier of fact may infer the existence or non-existence of fact B. When established facts raise a presumption of fact, they give rise to a permissive inference which the trier of fact may, but need not, draw. Thus, a presumption of fact is not a rule of law, as it neither compels nor prohibits the drawing of the inference.

4.5 Because presumptions of fact vary in force, in some civil cases they may, not must, require the party against whom they operate to adduce rebutting evidence or run a substantial risk of losing the case. When used in this sense, it means that the facts are such that a certain inference should, but need not, be logically drawn. But it must be underlined that a presumption of fact does not allocate, as a matter of law, an evidential burden or the legal burden of proof in relation to a fact or issue to the other party. [Footnotes omitted and emphasis added.]

[44] In view of Sopinka’s use of the word “presumption” in the context of drawing an inference from an established fact, I find no error in the use by the Citizenship Judge of the word “presumption”.

(iii) Did Citizenship Judge Pinel deny Ms. Bains procedural fairness?

[45] Ms. Bains asserted that even if there was an indication on the file before the Citizenship Judge that she had a criminal record, she was not given notice sufficient to allow her to respond to the allegations made against her.

[42] Je conclus que c’est essentiellement ce que le juge de la citoyenneté a fait dans le passage contesté de sa décision.

[43] Quant à l’emploi du mot «présomption», Sopinka, John *et al.*, dans l’ouvrage intitulé: *The Law of Evidence in Canada*, 2<sup>e</sup> éd. (1999), aux paragraphes 4.4 et 4.5, dit ceci:

[TRADUCTION]

4.4 Une présomption de fait est une déduction de fait qui peut logiquement et raisonnablement être tirée d’un fait ou d’un ensemble de faits qui ont été constatés ou qui ont par ailleurs été établis. En d’autres termes, il s’agit d’une inférence logique fondée sur le bon sens, tirée des faits qui ont été prouvés. Par conséquent, si le fait A est prouvé, le juge des faits peut inférer l’existence ou l’inexistence du fait B. Lorsque les faits établis donnent lieu à une présomption de fait, le juge des faits peut faire une inférence, mais il n’est pas tenu d’en faire une. Une présomption de fait n’est donc pas une règle de droit puisqu’elle n’exige pas et qu’elle n’interdit pas que l’on fasse une inférence.

4.5 Étant donné que les présomptions de fait varient quant à leur force, dans certaines affaires civiles, elles peuvent, mais elles ne doivent pas, obliger la partie concernée à produire une contre-preuve, à défaut de quoi cette dernière risque fortement de perdre sa cause. Lorsque l’on a ainsi recours à une présomption, cela veut dire que les faits sont tels qu’une certaine inférence devrait logiquement être faite, sans toutefois qu’il soit nécessaire de la faire. Cependant, il importe de souligner qu’une présomption de fait n’a pas en droit pour effet d’imposer à l’autre partie la charge de présentation ou la charge ultime de la preuve à l’égard d’un fait ou d’une question litigieuse. [Renvois omis; non souligné dans l’original.]

[44] Étant donné que Sopinka emploie le mot «présomption» dans le contexte d’une inférence qui est tirée d’un fait établi, je ne puis conclure qu’en employant le mot «présomption», le juge de la citoyenneté a commis une erreur.

(iii) Le juge de la citoyenneté a-t-il respecté les règles d’équité procédurale?

[45] M<sup>me</sup> Bains a affirmé que même si le dossier dont le juge de la citoyenneté disposait indiquait qu’elle avait un casier judiciaire, elle n’a pas reçu un préavis suffisant pour être en mesure de répondre aux allégations dont elle faisait l’objet.

[46] This submission again requires a more detailed review of the evidentiary record.

[47] It appears that the first notice Ms. Bains received of any difficulty with her application was the letter of November 12, 1998 from Citizenship and Immigration Canada. The letter stated:

I refer to the application you completed for the grant of Canadian citizenship.

When a person applies for Canadian citizenship, certain basic information must be clarified before a hearing can be held by a Citizenship Judge, or before a person can be granted citizenship or take the oath of citizenship. Among other things, the Citizenship Regulations require that the Registrar establish that the applicant is free of any serious problems from a security and criminal standpoint.

Section 21 of the Citizenship Act stipulates that no period during which a person has been under a probation order, a paroled inmate, or reformed in or been an inmate of any penitentiary, jail, reformatory or prison may be counted as a period of residence.

In addition, section 22 of the Act provides that a person cannot become a Canadian citizen while under a probation order, on parole or in prison. Neither may the person who has been convicted of an indictable offence or of an offence under the Citizenship Act in the three year period preceding the application or thereafter.

Therefore, all applications for citizenship are sent by the Minister for a search of criminal records, using the biographical information on the application form, to determine whether there may be cases which require further review with regard to the provisions of section 21 or 22 of the Citizenship Act.

Where there is an indication that a criminal record may be involved, it is essential to ensure that there is no error in the identity of the applicant concerned. Because similar biographical data can sometimes lead to mistaken identity, the only way of avoiding such an error is through the use of fingerprints.

After reviewing the biographical information on your application form, I understand there may be a question in your case with regard to the provisions of sections 21 and/or 22 of the Citizenship Act or possibly involving another person having the same name and biographical data as yours. Therefore, if you wish to proceed with your application, I would ask that you arrange to have your fingerprints

[46] Cette prétention exige encore une fois un examen plus détaillé de la preuve.

[47] Il semble que M<sup>me</sup> Bains ait initialement été avisée de l'existence d'un problème au moyen de la lettre du 12 novembre 1998 de Citoyenneté et Immigration Canada, laquelle était ainsi libellée:

[TRADUCTION] La présente fait suite à la demande que vous avez présentée en vue d'obtenir la citoyenneté canadienne.

Lorsqu'une personne demande la citoyenneté canadienne, certains renseignements de base doivent être fournis avant qu'une audience puisse être tenue par un juge de la citoyenneté, ou avant que l'intéressé puisse se voir attribuer la citoyenneté ou puisse prêter le serment de citoyenneté. Entre autres choses, le Règlement sur la citoyenneté exige que le greffier établisse que le demandeur ne pose pas de problèmes sérieux sur le plan de la sécurité et au point de vue criminel.

L'article 21 de la Loi sur la citoyenneté prévoit que ne sont pas prises en compte pour la durée de résidence les périodes où l'intéressé a été sous le coup d'une ordonnance de probation, a bénéficié d'une libération conditionnelle ou a été détenu dans un pénitencier, une prison ou une maison de correction.

De plus, l'article 22 de la Loi prévoit que nul ne peut recevoir la citoyenneté pendant la période où il est sous le coup d'une ordonnance de probation, il bénéficie d'une libération conditionnelle, il est détenu dans une prison, ou encore s'il a été déclaré coupable d'un acte criminel ou d'une infraction à la Loi sur la citoyenneté au cours des trois ans précédant la date de sa demande.

Par conséquent, le ministre transmet toutes les demandes de citoyenneté pour vérification des casiers judiciaires en utilisant les données signalétiques figurant dans le formulaire de demande en vue de déterminer s'il y a des cas qui exigent un examen plus approfondi en ce qui concerne les dispositions des articles 21 ou 22 de la Loi sur la citoyenneté.

Lorsqu'il semble exister un casier judiciaire, il faut absolument s'assurer qu'il n'y a aucune erreur d'identification en ce qui concerne le demandeur. Étant donné que des données signalétiques similaires peuvent parfois donner lieu à une erreur d'identification, la seule façon d'éviter pareille erreur consiste à avoir recours à des empreintes digitales.

L'examen des données signalétiques figurant dans votre formulaire de demande semble indiquer qu'une question peut se poser à votre sujet en ce qui concerne les articles 21 ou 22 de la Loi sur la citoyenneté ou au sujet d'une autre personne dont le nom et les données signalétiques sont identiques aux vôtres. Par conséquent, si vous voulez poursuivre votre demande, je vous prie de faire le nécessaire

taken at your earliest convenience. This can be done at the address indicated below:

International Fingerprinting Services Canada  
100 Argyle Avenue  
Ottawa, Ontario  
K2P 1B6  
Tel.: (613) 237-9061

They are open between 8:00AM and 4:00PM, and they will charge a fee for this service. Please bring this letter with you when you go for your fingerprints.

After your fingerprint form has been received, it will be sent to R.C.M.P. Headquarters in Ottawa for further clarification. Following receipt of the subsequent report from the R.C.M.P., the citizenship court will contact you again with regard to your application. The fingerprint form will be returned to you and I assure you that no record or copy of the fingerprints which you have provided for identification purposes will be retained by either the R.C.M.P. or the Department of Citizenship and Immigration.

Should you wish to discuss this matter or should you have particular questions, please do not hesitate to contact the call centre at 1-888-242-2100 (toll free number).

Yours sincerely,

Darren Ouderkirk  
Citizenship and Immigration  
[Emphasis added.]

[48] This letter gave notice that either Ms. Bains, or another person having the same name and biographical data, may fall within the provisions of section 21 and/or section 22 of Act. Both sections were explained in the letter. There is no evidence that Ms. Bains directed any questions as a result of reviewing the letter.

[49] After Ms. Bains made no response to that letter, she then received a notice to appear before a Citizenship Judge. In addition to specifying the time, date and place for the hearing, the notice stated “[t]he citizenship judge needs more information to make a decision about your citizenship application and you must appear for a hearing. At this hearing, you may be asked questions to determine if you have an adequate knowledge of English or French and an adequate

pour faire prendre vos empreintes digitales le plus tôt possible. Pour ce faire, vous pouvez vous adresser à:

Services d’empreintes digitales international du Canada  
100, avenue Argyle  
Ottawa (Ontario)  
K2P 1B6  
Tél.: (613) 237-9061

Ces bureaux sont ouverts de 8 à 16 h; des frais seront exigés pour ce service. Veuillez apporter cette lettre lorsque vous vous présenterez en vue de faire prendre vos empreintes digitales.

Une fois que le formulaire d’empreintes digitales aura été reçu, il sera transmis à la direction générale de la GRC à Ottawa pour obtention de renseignements additionnels. À la suite de la réception du rapport de la GRC, le Bureau de la citoyenneté communiquera avec vous à nouveau au sujet de votre demande. Le formulaire d’empreintes digitales sera renvoyé; je tiens à vous assurer qu’aucun document et qu’aucune copie des empreintes digitales que vous aurez fournies à des fins d’identification ne sera conservé par la GRC ou par le ministère de la Citoyenneté et de l’Immigration.

Si vous souhaitez discuter du dossier ou si vous avez des questions particulières, n’hésitez pas à communiquer avec le centre téléphonique au 1-888-242-2100 (numéro sans frais).

Veuillez agréer, Madame, l’expression de mes meilleurs sentiments.

Darren Ouderkirk  
Citoyenneté et Immigration  
[Non souligné dans l’original.]

[48] Par cette lettre, on disait que M<sup>me</sup> Bains ou une autre personne dont le nom et les données signalétiques étaient identiques à ceux de M<sup>me</sup> Bains pouvait être visée par les dispositions de l’article 21 ou de l’article 22 de la Loi. Des explications étaient fournies dans la lettre au sujet de ces deux dispositions. Rien ne montre que M<sup>me</sup> Bains ait posé des questions à la suite de la réception de la lettre.

[49] M<sup>me</sup> Bains n’ayant pas répondu à cette lettre, elle a reçu un avis lui enjoignant de se présenter devant un juge de la citoyenneté. En plus de préciser l’heure, la date et le lieu de l’audience, l’avis informait M<sup>me</sup> Bains de ce qui suit: [TRADUCTION] «Le juge de la citoyenneté a besoin de plus de renseignements pour prendre une décision au sujet de votre demande de citoyenneté. Vous devez donc vous présenter à une entrevue. Lors de cette entrevue, il se peut que l’on

knowledge of Canada”.

[50] The record before me contains no information about what transpired at the hearing.

[51] Ms. Bains was represented in this Court by eminent counsel. She chose not to file any affidavit in support of her application. Instead, the application was supported by the affidavit of a legal secretary employed by Ms. Bains’ solicitors. The affidavit simply recorded the request counsel made for documents, and exhibited the material provided in response to that request by the Court of Canadian Citizenship.

[52] In the absence of any evidence from Ms. Bains, specifying how it was that she was denied an opportunity to participate in a meaningful fashion before the Citizenship Judge, I am not prepared to conclude that the Citizenship Judge denied Ms. Bains procedural fairness.

[53] In the absence of evidence to the contrary, I find that the letter of November 12, 1998 gave Ms. Bains fair notice of the concerns she had to address.

[54] It may be, as her counsel submitted, that Ms. Bains could have properly addressed the concerns of the Citizenship Judge without having to resort to providing her fingerprints. However, in the absence of evidence of any legitimate effort to do so, I cannot make any conclusion in that regard.

[55] For the reasons set out above, I find no error or denial of fairness on the part of the Citizenship Judge. The appeal is dismissed.

vous pose des questions afin de déterminer si vous avez une connaissance suffisante de l’anglais ou du français et une connaissance suffisante du Canada.»

[50] Le dossier mis à ma disposition ne renferme aucun renseignement au sujet de ce qui s’est passé à l’audience.

[51] Un avocat éminent représentait M<sup>me</sup> Bains devant la Cour. M<sup>me</sup> Bains a décidé de ne pas déposer d’affidavit à l’appui de sa demande. La demande était plutôt étayée par l’affidavit d’une secrétaire juridique de l’avocat de M<sup>me</sup> Bains. L’affidavit disait simplement que l’avocat avait demandé certains documents; les documents fournis par le Bureau de la citoyenneté en réponse à cette demande y étaient joints.

[52] En l’absence d’une preuve fournie par M<sup>me</sup> Bains, précisant de quelle façon on lui a refusé la possibilité de participer d’une façon valable à l’audience tenue par le juge de la citoyenneté, je ne suis pas prête à conclure que ce dernier n’a pas respecté les règles d’équité procédurale à l’endroit de M<sup>me</sup> Bains.

[53] En l’absence d’une preuve contraire, je conclus que la lettre du 12 novembre 1998 avisait d’une façon suffisante M<sup>me</sup> Bains des questions auxquelles elle devait répondre.

[54] Comme son avocat l’a soutenu, M<sup>me</sup> Bains aurait peut-être été en mesure de répondre d’une façon satisfaisante aux questions du juge de la citoyenneté sans avoir à fournir ses empreintes digitales. Toutefois, en l’absence d’une preuve tendant à montrer qu’elle a vraiment tenté de le faire, je ne puis tirer de conclusion à ce sujet.

[55] Pour les motifs susmentionnés, je conclus qu’il n’y a eu ni erreur ni violation des règles d’équité de la part du juge de la citoyenneté. L’appel est rejeté.

T-1843-99

**The Estate of the Late Emerson Woodburn, Edith Woodburn and Douglas Woodburn (Plaintiffs)**

v.

**National Capital Commission (Defendant)**

**INDEXED AS: WOODBURN ESTATE v. NATIONAL CAPITAL COMMISSION (T.D.)**

Trial Division, Heneghan J.—Ottawa, February 23; August 29, 2000.

*Expropriation — National Capital Commission (NCC) abandoning purpose for which land expropriated (Greenbelt) — Declaring land surplus, obtaining rezoning and selling at huge profit — In absence of “colourable scheme”, no common law or statutory right in former owner to reacquire land — Whether or not expropriating authority acting within statutory authority irrelevant upon this motion — NCC granted summary judgment dismissing action but not costs in circumstances (profit realized, that farm land taken to prevent urban sprawl sold after rezoning for highway commercial).*

In 1961, the National Capital Commission (NCC) expropriated part of the plaintiffs land in the township of Gloucester for inclusion in the Greenbelt surrounding the National Capital Region. The acquisition was completed in 1963, for \$110,000. The plaintiffs continued to occupy the expropriated land as tenant farmers. In the early 1990s, the NCC determined that the land was no longer necessary for the Greenbelt and declared it surplus. Thereafter, the plaintiffs unsuccessfully attempted to reacquire the land from the Commission. In 1997, the land was rezoned for commercial use. In 1999, the NCC sold the land to an Ontario numbered corporation for \$6,702,000. The Woodburn family did not submit a bid.

The plaintiffs' statement of claim sought a declaration that they were entitled to acquire the land and *mandamus* for that relief, a declaration that NCC hold title as trustee or constructive trustee, an injunction and damages (including punitive and exemplary). This was a motion by the NCC seeking dismissal of these claims by summary judgment.

T-1843-99

**La succession de feu Emerson Woodburn, Edith Woodburn et Douglas Woodburn (demandeurs)**

c.

**Commission de la capitale nationale (défenderesse)**

**RÉPERTORIÉ: WOODBURN, SUCCESSION c. COMMISSION DE LA CAPITALE NATIONALE (1<sup>re</sup> INST.)**

Section de première instance, juge Heneghan—Ottawa, 23 février; 29 août 2000.

*Expropriation — La Commission de la capitale nationale (la CCN) a abandonné les fins pour lesquelles le terrain a été exproprié (la Ceinture de verdure) — Elle a déclaré le terrain excédentaire, a obtenu son rezonage, l'a vendu et en a tiré un profit énorme — En l'absence de «stratagème déguisé», l'ancien propriétaire n'a aucun droit, qui découle de la common law ou de la loi, de racheter le terrain — La question de savoir si l'autorité expropriante agit ou non dans les limites de la compétence que lui confère la loi n'est pas pertinente dans le cadre de la présente requête — La requête en jugement sommaire dans laquelle la CCN sollicite le rejet de l'action est accueillie, mais, compte tenu des circonstances (le profit réalisé et le fait que la terre agricole expropriée pour prévenir l'étalement de la ville a été vendue après être devenue une zone commerciale routière), et n'a pas droit aux dépens.*

En 1961, la Commission de la capitale nationale (la CCN) a exproprié une partie des terres des demandeurs situées dans le canton de Gloucester aux fins d'inclusion dans la Ceinture de verdure qui entoure la région de la capitale nationale. L'acquisition a été complétée en 1963 pour 110 000 \$. Les demandeurs ont continué d'occuper le terrain exproprié en tant que fermiers locataires. Au début des années 90, la CCN a décidé que le terrain n'était plus nécessaire pour la Ceinture de verdure et l'a déclaré excédentaire. Par la suite, les demandeurs ont sans succès essayé de racheter le terrain à la Commission. En 1997, le terrain a été rezoné à des fins commerciales. En 1999, la CCN a vendu le terrain à une société à dénomination numérique de l'Ontario pour une somme de 6 702 000 \$. La famille Woodburn n'a pas soumis d'offre.

Dans leur déclaration, les demandeurs sollicitent un jugement déclaratoire qu'ils seraient autorisés à acquérir le terrain en question, un bref de *mandamus* pour lui donner effet, un jugement déclaratoire selon lequel la CCN est titulaire d'un titre en qualité de fiduciaire ou de fiduciaire par interprétation, une injonction et des dommages-intérêts (incluant des dommages-intérêts punitifs et exemplaires). Il s'agit en l'espèce d'une requête en jugement sommaire dans laquelle la CCN sollicite le rejet de ces réclamations.

The plaintiffs did not contest the legality of the expropriation proceedings, but claimed to have an interest in the land arising both from common law and statute, specifically a right to reacquire those expropriated lands which are no longer in use by the NCC as part of the Greenbelt.

The plaintiffs relied on the decision in *National Capital Commission v. Munro*, [1965] 2 Ex. C.R. 579, in which it was held that expropriated owners had no cause of action against the NCC if the use for which the land was taken was later abandoned so long as the abandonment was not part of a colourable scheme. The plaintiffs submitted that this case, by inference, gave rise to a common law right to reacquire land upon abandonment of the original purpose for which it was expropriated. The plaintiffs further suggested that the facts were such as to raise the possibility that the NCC may have taken part in a colourable scheme. The plaintiffs also asserted a statutory right pursuant to *The Lands Clauses Consolidation Act, 1845*, a statute of the United Kingdom, which the plaintiffs argue was incorporated into Canadian law by virtue of the *Colonial Laws Validity Act, 1865*. Finally, the plaintiffs submit that the defendant acted outside its authority in rezoning the land and selling it.

*Held*, the motion should be allowed.

Neither the *National Capital Act* nor the *Expropriation Act* provided for the situation where an expropriating authority abandons the purpose for which land had been taken. The *Munro* case did not recognize a common law right to reacquire expropriated land. It stands for the proposition that an expropriating authority may abandon the purposes for which land was expropriated, as long as the abandonment was not part of a colourable scheme. The words "colourable scheme" are problematic as their meaning is ambiguous. They do, however, suggest duplicity and impropriety.

There was no evidence that the NCC had participated in a colourable scheme. In particular, there was no evidence that the 1961 expropriation proceedings were motivated by an intention to bank land holdings for future sale at a financial gain.

Nor could the plaintiffs rely upon *The Lands Clauses Consolidation Act, 1845* as conferring a statutory right to reacquire this property. While the plaintiffs were not given a first option to purchase, they were at liberty to participate in the bidding process, but chose not to do so.

The question of whether the defendant was or was not acting within its statutory authority did not affect the ultimate issue in this motion for summary judgment. Even if the defendant was acting outside of its statutory authority, the fact remains that the expropriation was legal and, based

Les demandeurs ne contestent pas la légalité des procédures d'expropriation, mais ils prétendent avoir un droit sur les terrains, qui découle de la common law et de la loi, en particulier le droit de racheter les terrains expropriés que la CCN ne destine plus à faire partie de la Ceinture de verdure.

Les demandeurs invoquent la décision *National Capital Commission c. Munro*, [1965] 2 R.C.É. 579, dans laquelle la Cour a conclu que les propriétaires expropriés n'ont aucune cause d'action contre la CCN si l'usage pour lequel les terrains ont été expropriés est par la suite abandonné, dans la mesure où l'abandon ne relève pas d'un stratagème déguisé. Les demandeurs prétendent que cette décision, par déduction, donne naissance à un droit de common law de racheter le terrain en cas d'abandon du but initial de son expropriation. Les demandeurs soutiennent également que les faits de l'espèce soulèvent la possibilité de la participation de la CCN à un stratagème déguisé. Les demandeurs revendiquent aussi un droit fondé sur la *Land Clauses Consolidation Act, 1845*, une loi du Royaume-Uni qui, selon ce que prétendent les demandeurs, a été incorporée dans la législation canadienne par la *Colonial Laws Validity Act, 1865*. Enfin, les demandeurs maintiennent que la défenderesse a outrepassé sa compétence en rezonant le terrain et en le vendant.

*Jugement*: la requête est accueillie.

Ni la *Loi sur la Capitale nationale* ni la *Loi sur les expropriations* ne prévoient le cas où une autorité expropriante abandonne les fins pour lesquelles le terrain a été exproprié. La décision *Munro* n'a pas reconnu un droit de common law de racheter le terrain exproprié. Elle appuie la proposition selon laquelle l'autorité expropriante peut abandonner les fins pour lesquelles le terrain a été exproprié, dans la mesure où l'abandon ne relève pas d'un stratagème déguisé. L'expression «stratagème déguisé» (*colourable scheme*) est problématique parce que son sens est ambigu. Elle évoque toutefois la duplicité et l'irrégularité.

Rien ne prouve que la CCN a participé à un «stratagème déguisé». En particulier, rien ne prouve que les procédures d'expropriation de 1961 étaient motivées par l'intention de mettre en réserve les biens immobiliers en vue de les vendre ultérieurement et d'en tirer un profit financier.

Les demandeurs ne peuvent pas non plus invoquer la *Lands Clauses Consolidation Act, 1845*, comme leur conférant le droit de racheter cette propriété. Bien que les demandeurs n'aient pas bénéficié d'un droit de préemption, il leur était loisible de participer au processus d'appel d'offres, mais ils ont décidé de ne pas y participer.

La question de savoir si la défenderesse agit ou non dans les limites de la compétence que lui confère la loi n'influe pas sur la question litigieuse dans la présente requête en jugement sommaire. Même si la défenderesse avait outrepassé la compétence que lui conférait la loi, il reste que



on *Munro*, the defendant was within its legal competence to change the purpose for which the land was expropriated.

Based on the current state of the law, the motion for summary judgment had to be granted. However, considering the fact that the Greenbelt was conceived as a “buffer zone” against encroaching urban sprawl, the NCC’s actions in having this property rezoned from institutional government to highway commercial would seem to be more consistent with encouraging urban sprawl than with resisting the erosion of green areas. In view of that, as well as the huge profit realized by the NCC from the expropriation and subsequent sale of the land, the defendant’s motivation in declaring the land surplus, securing its rezoning and then selling it could be questioned. In these circumstances, there was no order as to costs.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Colonial Laws Validity Act, 1865* (U.K.), 28 & 29 Vict., c. 63.  
*Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43.  
*Expropriation Act*, R.S.C. 1952, c. 106, ss. 24, 35(1).  
*Lands Clauses Consolidation Act, 1845 (The)* (U.K.), 8 & 9 Vict., c. 18, s. 128.  
*National Capital Act*, S.C. 1958, c. 37, s. 13.  
*National Capital Act*, R.S.C., 1985, c. N-4, ss. 2 “National Capital Region”, 10(1) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 45, s. 3), (2).  
*Statute of Westminster, 1931, 1931* (U.K.), 22 Geo. V, c. 4 [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 27].

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Granville Shipping Co. v. Pegasus Lines Ltd.*, [1996] 2 F.C. 853; (1996), 111 F.T.R. 189 (T.D.); *Kanematsu GmbH v. Acadia Shipbrokers Ltd.*, [2000] F.C.J. No. 978 (C.A.) (QL); *National Capital Commission v. Munro*, [1965] 2 Ex. C.R. 579.

##### REFERRED TO:

*Woodburn v. National Capital Commission*, [1999] O.J. No. 4286 (S.C.) (QL).

MOTION for summary judgment seeking dismissal of the plaintiffs’ claims for *inter alia*, a declaration that they were entitled to reacquire land which the NCC had expropriated for the Greenbelt, but later

l’expropriation était légale et que, compte tenu de la décision *Munro*, la loi habilite la défenderesse à changer la fin pour laquelle le terrain a été exproprié.

Compte tenu de l’état actuel du droit, la requête en jugement sommaire doit être accueillie. Toutefois, compte tenu du fait que la Ceinture de verdure a été conçue pour constituer une «zone tampon» contre l’étalement de la ville, les mesures qu’a prises la CCN pour que le terrain, qui était désigné zone institutionnelle gouvernementale, soit rezoné et devienne zone commerciale routière semblent plus conformes à un encouragement à l’étalement de la ville qu’à une résistance à l’érosion des zones vertes. Si l’on tient compte de cela et du fait que la CCN a réalisé un profit énorme sur la vente du terrain exproprié, on peut s’interroger sur les motifs qui ont poussé la défenderesse à déclarer le terrain excédentaire, à obtenir son rezonage et à le vendre. Dans ces circonstances, il n’y a pas d’ordonnance quant aux dépens.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Colonial Laws Validity Act, 1865* (R.-U.), 28 & 29 Vict., ch. 63.  
*Lands Clauses Consolidation Act, 1845 (The)* (R.-U.), 8 & 9 Vict., ch. 18, art. 128.  
*Loi sur la capitale nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-4, art. 2 «région de la capitale nationale», 10(1) (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 45, art. 3), (2).  
*Loi sur la Capitale nationale*, S.C. 1958, ch. 37, art. 13.  
*Loi sur les expropriations*, S.R.C. 1952, ch. 106, art. 24, 35(1).  
*Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43.  
*Statut de Westminster de 1931, 1931* (R.-U.), 22 Geo. V, ch. 4 [L.R.C. (1985), appendice II, n° 27].

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Granville Shipping Co. c. Pegasus Lines Ltd.*, [1996] 2 C.F. 853; (1996), 111 F.T.R. 189 (1<sup>re</sup> inst.); *Kanematsu GmbH c. Acadia Shipbrokers Ltd.*, [2000] F.C.J. n° 978 (C.A.) (QL); *National Capital Commission v. Munro*, [1965] 2 R.C.É. 579.

##### DÉCISION CITÉE:

*Woodburn v. National Capital Commission*, [1999] O.J. n° 4286 (S.C.) (QL).

REQUÊTE en jugement sommaire dans laquelle on sollicite le rejet des réclamations des demandeurs visant à obtenir notamment un jugement déclaratoire selon lequel ils sont autorisés à acquérir le terrain que

declared surplus, rezoned and sold at an enormous profit. Motion granted but no order as to costs.

la CCN a exproprié en vue de l'inclure dans la Ceinture de verdure, mais qu'elle a par la suite déclaré excédentaire, rezoné et vendu (en réalisant un profit énorme). Requête accueillie, mais aucune ordonnance quant aux dépens.

APPEARANCES:

*S. Russell Kronick* for plaintiffs.  
*Kevin P. Nearing* for defendant.

ONT COMPARU:

*S. Russell Kronick* pour les demandeurs.  
*Kevin P. Nearing* pour la défenderesse.

SOLICITORS OF RECORD:

*Goldberg, Shinder & Kronick*, Ottawa, for plaintiffs.  
*Borden Ladner Gervais*, Ottawa, for defendant.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Goldberg, Shinder & Kronick*, Ottawa, pour les demandeurs.  
*Borden Ladner Gervais*, Ottawa, pour la défenderesse.

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

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

[1] HENEGHAN J.: The National Capital Commission (the defendant) brought a motion for summary judgment seeking dismissal of the claims advanced against it by the estate of the late Emerson Woodburn, Edith Woodburn and Douglas Woodburn (the plaintiffs).

[1] LE JUGE HENEGHAN: La Commission de la capitale nationale (la défenderesse) a présenté une requête en jugement sommaire dans laquelle elle sollicite le rejet des réclamations qu'ont présentées contre elle la succession de feu Emerson Woodburn, Edith Woodburn et Douglas Woodburn (les demandeurs).

[2] The motion for summary judgment followed the commencement of an action by the plaintiffs against the defendant in which the plaintiffs sought, among other things, a declaration that they are entitled to acquire certain land situate in the township of Gloucester, regional municipality of Ottawa-Carleton. The plaintiffs also seek an order directing the reconveyance of these lands to them upon such terms and conditions as the as the Court may set.

[2] La défenderesse a présenté la requête en jugement sommaire après que les demandeurs eurent intenté contre elle une action dans laquelle ils sollicitent, entre autres, un jugement déclaratoire selon lequel ils sont autorisés à acquérir certains terrains situés dans le canton de Gloucester, municipalité régionale d'Ottawa-Carleton. Les demandeurs sollicitent également une ordonnance de rétrocession de ces terrains selon les modalités que la Cour peut imposer.

[3] The statement of claim details the prayer for relief as follows:

[3] La déclaration détaille la demande de redressement comme suit:

(a) a declaration that the plaintiffs are entitled by law and by right to acquire title to those lands situated in the city of Gloucester in the province of Ontario and more particularly described as Part Lot 21, Concession 3 (Ottawa Front), geographic township of Gloucester, Regional Municipality of Ottawa-Carleton, designated

a) un jugement déclaratoire selon lequel les demandeurs sont fondés en droit à acquérir la propriété de ces terrains situés dans la ville de Gloucester, province de l'Ontario, et plus particulièrement décrits comme étant une partie du lot 21, concession 3 (donnant sur la rivière des Outaouais), canton géographique de

as Parts 1, 2, 3 and 4 on Plan 4R-12756 being PIN No. 04351 0015 (hereinafter referred to as the land);

(b) a mandatory order that the defendant (hereinafter referred to as the NCC) convey title to the lands to the plaintiffs in accordance with and upon such terms and conditions as may be determined by this Honourable Court;

(c) a declaration that the NCC holds title to the lands as trustee, or alternatively as a constructive trustee, for and on behalf of the plaintiffs;

(d) an interim and interlocutory injunction restraining the NCC, its servants agents and employees, and any other person on its behalf, from selling, disposing, alienating or in any way dealing with the land in any other manner whatsoever until the trial or other disposition of this action or any further or other order of this court;

(e) damages including punitive and exemplary damages of \$1,000,000 in addition to rescission;

(f) prejudgment and postjudgment interest as provided by the *Courts of Justice Act* [R.S.O. 1990, c. C.43];

(g) costs as between solicitor and client; and

(h) such further and relief as may seem just.

#### Facts

[4] The land in question is legally defined as Part Lot 21, Concession 3 (Ottawa Front), geographic township of Gloucester, Regional Municipality of Ottawa-Carleton, designated as Parts 1, 2, 3 and 4 on Plan 4R-12756 being PIN No. 04351 0015 (the land).

[5] The area of this land is 21 acres. It had been part of the Woodburn farm and was expropriated in 1961

Gloucester, Municipalité régionale d'Ottawa-Carleton; ces terrains sont désignés comme étant les parties 1, 2, 3 et 4 sur le plan 4R-12756 et leur numéro de cote foncière est le 04351 0015 (ci-après désigné comme étant le terrain);

b) une ordonnance enjoignant à la défenderesse (ci-après désignée comme étant la CCN) de transférer la propriété des terrains aux demandeurs conformément aux modalités que peut imposer la Cour;

c) un jugement déclaratoire selon lequel la CCN est titulaire du titre de propriété sur les terrains en qualité de fiduciaire ou, subsidiairement, en qualité de fiduciaire par interprétation, pour le compte des demandeurs;

d) une injonction provisoire et interlocutoire empêchant la CCN, ses préposés, représentants, employés et toute autre personne qui agit pour son compte, de vendre, d'aliéner les terrains ou de faire quelque transaction que ce soit relativement à ceux-ci jusqu'à ce que l'action soit entendue, qu'il en soit autrement disposé ou que la Cour rende toute autre ordonnance;

e) des dommages-intérêts, incluant des dommages-intérêts punitifs et exemplaires d'un montant de 1 000 000 \$, en plus d'une résiliation;

f) les intérêts avant et après jugement comme le prévoit la *Loi sur les tribunaux judiciaires* [L.R.O. 1990, ch. C.43];

g) les dépens sur la base avocat-client;

h) toute autre ordonnance et mesure de redressement qui peut sembler juste.

#### Les faits

[4] Le terrain en question est légalement défini comme étant une partie du lot 21, concession 3 (donnant sur la rivière des Outaouais), canton géographique de Gloucester, Municipalité régionale d'Ottawa-Carleton; il est désigné comme étant les parties 1, 2, 3 et 4 sur le plan 4R-12756 et son numéro de cote foncière est le 04351 0015 (le terrain).

[5] Ce terrain s'étend sur 21 acres. Il faisait partie de la ferme des Woodburn et la Commission de la

by the National Capital Commission from Emerson Woodburn for inclusion in the Greenbelt which surrounds the National Capital Region. The total area of land expropriated was some 56-57 acres.

[6] In July 1963, the National Capital Commission completed its acquisition of title to the land when Emerson Woodburn and Edith Woodburn signed a "Ninety Day Purchase-Compensation Option". In October 1963, Emerson Woodburn granted the property by deed to the National Capital Commission for the consideration of \$110,000. The deed specifically provided that Edith Woodburn barred her dower in the land.

[7] Following the defendant's expropriation of the said land, the plaintiffs continued to occupy it as tenant farmers pursuant to a series of leases created with the defendant. The last of these leases was a 20-year lease which ended on March 31, 1994.

[8] In 1988, Mr. Emerson Woodburn died. The sole beneficiary of his estate was Edith Woodburn.

[9] In the early 1990s, the defendant completed a study and determined that the land which was expropriated from the late Emerson Woodburn was no longer necessary for the Greenbelt. The land was declared surplus by the defendant. Following this declaration, the plaintiffs unsuccessfully initiated various attempts to reacquire the land from the defendant.

[10] In 1997, the National Capital Commission sought to have the land severed and re-zoned for commercial use. The plaintiffs unsuccessfully contested the decision to rezone the land, including an appeal to the Ontario Municipal Board. That appeal was heard in 1998 and again the plaintiffs were unsuccessful. In 1998, the severance and the rezoning were confirmed. The land was rezoned from institutional government to highway commercial.

capitale nationale en a enlevé la propriété à Emerson Woodburn par expropriation en 1961 en vue de l'inclure dans la Ceinture de verdure qui entoure la région de la capitale nationale. La superficie totale du terrain exproprié était d'environ 56 ou 57 acres.

[6] En juillet 1963, la Commission de la capitale nationale a complété l'acquisition de la propriété du terrain lorsque Emerson Woodburn et Edith Woodburn ont signé une «Option d'achat-indemnisation de quatre-vingt-dix jours». En octobre 1963, Emerson Woodburn a concédé la propriété par acte translatif de propriété immobilière à la Commission de la capitale nationale pour 110 000 \$. L'acte translatif de propriété immobilière prévoyait expressément que Edith Woodburn renonçait à son douaire sur le terrain.

[7] Après l'expropriation, les demandeurs ont continué d'occuper le terrain en question en tant que fermiers locataires conformément à une série de baux passés avec la défenderesse. Le dernier de ces baux était d'une durée de 20 ans et expirait le 31 mars 1994.

[8] En 1988, M. Emerson Woodburn est décédé. Le seul bénéficiaire de sa succession était Edith Woodburn.

[9] Au début des années 90, la défenderesse a terminé une étude et conclu que le terrain dont feu Emerson Woodburn avait été exproprié n'était plus nécessaire pour la Ceinture de verdure. La défenderesse a déclaré ce terrain excédentaire. Par la suite, les demandeurs ont sans succès essayé à plusieurs reprises de racheter le terrain à la défenderesse.

[10] En 1997, la Commission de la capitale nationale a cherché à obtenir le morcellement du terrain et son rezonage à des fins commerciales. Les demandeurs ont sans succès contesté la décision de rezoner le terrain et ont notamment interjeté un appel devant la Commission des affaires municipales de l'Ontario. Cet appel a été entendu en 1998 et, une fois de plus, les demandeurs ont été déboutés. En 1998, le morcellement et le rezonage ont été confirmés. Le terrain, qui était désigné zone institutionnelle gouvernementale, a été rezoné et est devenu zone commerciale routière.

[11] At this time, Mr. Douglas Woodburn, who is the son of the late Emerson Woodburn, again notified the defendant that he wished to reacquire the land in order to farm it, but his efforts were to no avail. In December, 1998 the Chair of the National Capital Commission informed Mr. Douglas Woodburn that if he wished to reacquire the land then he would have to bid for the land like any other interested party.

[12] In or about February 1999, the defendant called for bids to purchase the lands as rezoned. An agreement was made between the National Capital Commission and a developer for the sale and purchase of the land. The offer to purchase came from 938966 Ontario Inc. a subsidiary of Canril Corporation and was for the amount of \$6,702,000. The Woodburn family did not submit a bid.

[13] Following the sale of the land, Edith Woodburn commenced an action in the Superior Court of Ontario claiming an interest in the land. On August 4, 1999 a certificate of pending litigation was issued and registered against title to the land. The certificate was issued on an *ex parte* basis.

[14] The defendant successfully sought an order vacating the certificate, and on November 8, 1999, the Ontario Superior Court issued a decision setting aside the certificate of pending litigation [[1999] O.J. No. 4286 (QL)]. In his written reasons, Mr. Justice Panet granted the relief sought by the defendant. Mr. Justice Panet found that the plaintiffs did not have an interest in the land for the purpose of maintaining the certificate of pending litigation. The plaintiffs have appealed that decision.

#### The Plaintiffs Claim an Interest in Land

[15] The expropriation proceedings in 1961 were taken pursuant to the *National Capital Act*, S.C. 1958, c. 37, section 13. That section provides as follows:

13. (1) The Commission may, with the approval of the Governor in Council, take or acquire lands for the purpose of this Act without the consent of the owner, and, except as

[11] À ce moment, M. Douglas Woodburn, qui est le fils de feu Emerson Woodburn, a encore une fois avisé la défenderesse qu'il désirait racheter le terrain en vue de le cultiver, mais ses efforts ont été vains. En décembre 1998, le président de la Commission de la capitale nationale a informé M. Douglas Woodburn que s'il désirait acquérir de nouveau le terrain, il devrait faire une offre comme toute autre personne intéressée.

[12] Vers février 1999, la défenderesse a fait un appel d'offres pour l'achat des terrains rezonés. Une entente a été conclue entre la Commission de la capitale nationale et un promoteur immobilier pour la vente et l'achat du terrain. L'offre d'achat venait de 938966 Ontario Inc., une filiale de Canril Corporation, et était d'un montant de 6 702 000 \$. La famille Woodburn n'a pas soumis d'offre.

[13] Après la vente du terrain, Edith Woodburn a introduit une action devant la Cour supérieure de l'Ontario dans laquelle elle revendiquait un droit sur le terrain. Le 4 août 1999, un certificat d'affaire en instance a été délivré et enregistré sur le titre de propriété. Le certificat a été délivré *ex parte*.

[14] La défenderesse a sollicité une ordonnance d'annulation du certificat, et, le 8 novembre 1999, la Cour supérieure de l'Ontario a rendu une décision annulant le certificat d'affaire en instance [[1999] O.J. n° 4286 (QL)]. Dans ses motifs écrits, le juge Panet a accordé la mesure de redressement sollicitée par la défenderesse. Le juge Panet a conclu que les demandeurs n'avaient pas de droit sur le terrain qui justifiait le maintien du certificat d'affaire en instance. Les demandeurs ont interjeté appel de cette décision.

La revendication par les demandeurs d'un droit sur le terrain

[15] Les procédures d'expropriation en 1961 ont été engagées conformément à l'article 13 de la *Loi sur la Capitale nationale*, S.C. 1958, ch. 37. Cette disposition est rédigée comme suit:

13. (1) La Commission peut, avec l'approbation du gouverneur en conseil, prendre ou acquérir des terrains pour les objets de la présente loi sans le consentement du

otherwise provided in this section, all the provisions of the *Expropriation Act*, with such modifications as circumstances require, are applicable to and in respect of the exercise of the powers conferred by this section and the lands so taken or acquired.

(2) For the purposes of section 9 of the *Expropriation Act* the plan and description may be signed by the Chairman or General Manager of the Commission.

(3) The compensation for lands taken or acquired under this section, or for damage to lands injuriously affected by the construction of any work by the Commission, shall be paid by the Commission as though the lands were acquired under the other provisions of this Act, and all claims against the Commission for such compensation or damage may be heard and determined in the Exchequer Court of Canada in accordance with sections 46 to 49 of the *Exchequer Court Act*; but nothing in this subsection shall be construed to affect the operation of section 34 of the *Expropriation Act*.

[16] Section 13 of the *National Capital Act*, *supra*, incorporates by reference the *Expropriation Act*, R.S.C. 1952, c. 106. Subsection 35(1) of the *Expropriation Act*, *supra*, states that title to expropriated lands will be vested in Her Majesty. Subsection 35(1) provides:

35. (1) All lands, streams, watercourses and property acquired for any public work shall be vested in Her Majesty and, when not required for the public work, may be sold or disposed of under the authority of the Governor in Council.

[17] It is important to note for the purposes of the motion for summary judgment that the plaintiffs do not contest the legality of the expropriation proceedings which commenced in 1961. Rather, they claim to have an interest in the land arising both from common law and statute, specifically a right to reacquire those expropriated lands which are no longer in use by the National Capital Commission as part of the Greenbelt.

[18] With respect to the common law right, the plaintiffs rely on the words of Mr. Justice Gibson in *National Capital Commission v. Munro*, [1965] 2 Ex. C.R. 579, at page 645:

propriétaire et, sauf les dispositions différentes contenues dans le présent article, toutes les prescriptions de la *Loi sur les expropriations*, avec les modifications qu'exigent les circonstances, s'appliquent à l'exercice des pouvoirs conférés par le présent article et aux terrains ainsi pris ou acquis, de même qu'à l'égard dudit exercice et desdits terrains.

(2) Pour les objets de l'article 9 de la *Loi sur les expropriations*, le plan et la description peuvent être signés par le président ou le directeur général de la Commission.

(3) L'indemnité pour les terrains pris ou acquis aux termes du présent article, ou pour dommage à des terrains nuisiblement atteints du fait de la construction de quelque ouvrage par la Commission, doit être payée par cette dernière comme si les terrains avaient été acquis en vertu des autres dispositions de la présente loi. Toutes réclamations contre la Commission à l'égard de l'indemnité ou du dommage en question peuvent être entendues et décidées par la Cour de l'Échiquier du Canada en conformité des articles 46 à 49 de la *Loi sur la Cour de l'Échiquier*. Toutefois, aucune disposition du présent paragraphe ne doit s'interpréter de façon qu'elle atteigne l'application de l'article 34 de la *Loi sur les expropriations*.

[16] L'article 13 de la *Loi sur la Capitale nationale*, précitée, incorpore par renvoi la *Loi sur les expropriations*, S.R.C. 1952, ch. 106. En vertu du paragraphe 35(1) de la *Loi sur les expropriations*, précitée, la propriété d'un terrain exproprié sera dévolue à Sa Majesté. Le paragraphe 35(1) prévoit ce qui suit:

35. (1) Tous les terrains, rivières et cours d'eau et immeubles acquis pour un ouvrage public sont dévolus à Sa Majesté et, lorsque ces biens ne sont plus nécessaires pour l'ouvrage public, ils peuvent être vendus ou aliénés sous l'autorité du gouverneur en conseil.

[17] Il est important de noter aux fins de la requête en jugement sommaire que les demandeurs ne contestent pas la légalité des procédures d'expropriation engagées en 1961. Plutôt, ils prétendent avoir un droit sur les terrains, qui découle de la common law et de la loi, en particulier le droit de racheter les terrains expropriés que la Commission de la capitale nationale ne destine plus à faire partie de la Ceinture de verdure.

[18] En ce qui concerne le droit fondé sur la common law, les demandeurs s'appuient sur les termes qu'a utilisés le juge Gibson dans la décision *National Capital Commission v. Munro*, [1965] 2 R.C.É. 579, à page 645:

In my opinion, all of these uses are within the legal competence of the National Capital Commission under its power contained in s. 13 of the *National Capital Act* provided any acquisition of lands is made in good faith for the purposes set out in s. 10(1). On the abandonment of such purposes, if such abandonment is not part of a colourable scheme, the National Capital Commission, subject to the provisions of s. 14, may sell such lands for private use and no right or interest remains in the original owners. There is also no obligation on the part of the National Capital Commission to continue any particular use of lands after the acquisition of the same by it pursuant to s. 13 of the Act, and therefore no cause of action against the National Capital Commission can arise at any time in favour of the original owners of any lands by reason of the abandonment by the latter, in good faith, of any use which constituted the original purpose for the acquisition of such lands. [Emphasis added.]

The plaintiffs submit that this passage, by inference, gives rise to a common law right to reacquire land upon abandonment of the original purpose for which it was expropriated.

[19] Secondly, the plaintiffs assert a statutory right pursuant to *The Lands Clauses Consolidation Act, 1845* (U.K.), 8 & 9 Vict., c. 18, section 128. This section provides as follows:

CXXVIII. Before the Promoters of the Undertaking dispose of any such superfluous Lands they shall, unless such Lands be situate within a Town, or be Lands built upon or used for Building Purposes, first offer to sell the same to the Person then entitled to the Lands (if any) from which the same were originally severed; or if such Person refuse to purchase the same, or cannot after diligent Inquiry be found, then the like Offer shall be made to the Person or to the several Persons whose Lands shall immediately adjoin the Lands so proposed to be sold, such Persons being capable of entering into a Contract for the Purchase of such Lands; and where more than One such Person shall be entitled to such Right of Pre-emption such Offer shall be made to such Persons in succession, one after another, in such Order as the Promoters of the Undertaking shall think fit.

[20] The plaintiffs argue that this Imperial legislation has been incorporated into Canadian law by virtue of the *Colonial Laws Validity Act, 1865* (U.K.), 28 & 29 Vict., c. 63. The plaintiffs further submit that this section remains part of Canadian law as it has not

[TRADUCTION] À mon avis, tous ces usages relèvent de la compétence de la Commission de la Capitale nationale aux termes de l'art. 13 de la *Loi sur la Capitale nationale*, dans la mesure où l'acquisition des terrains est effectuée de bonne foi pour les fins mentionnées à l'art. 10(1). En cas d'abandon des fins pour lesquelles les terrains ont été acquis, si cet abandon ne relève pas d'un stratagème déguisé, la Commission de la Capitale nationale, sous réserve de l'art. 14, peut vendre ces terrains à des fins privées et les propriétaires initiaux ne conservent aucun droit sur ceux-ci. En outre, il n'y a aucune obligation de la part de la Commission de la Capitale nationale de poursuivre un usage particulier des terrains après les avoir acquis conformément à l'art. 13 de la Loi, et, en conséquence, les propriétaires initiaux n'auront en aucun temps une cause d'action contre la Commission de la Capitale nationale du fait de l'abandon par cette dernière, de bonne foi, d'un usage qui constituait le but initial de l'acquisition de ces terrains. [Non souligné dans l'original.]

Les demandeurs prétendent que cet extrait, par déduction, donne naissance à un droit de common law de racheter le terrain en cas d'abandon du but initial de son expropriation.

[19] Deuxièmement, les demandeurs revendiquent un droit fondé sur l'article 128 de la *Land Clauses Consolidation Act, 1845* (R.-U.), 8 & 9 Vict., ch. 18. Cette disposition prévoit ceci:

[TRADUCTION]

CXXVIII. Avant d'aliéner ces terrains excédentaires, à moins que ceux-ci ne soient situés dans une municipalité, urbanisés ou utilisés pour des travaux de construction, les promoteurs de l'entreprise doivent, dans un premier temps, offrir de les vendre (s'il en est) à la personne qui y a droit, soit celle qui en a été initialement dépossédée; si cette personne refuse de les acheter ou si cette personne ne peut pas, après une recherche minutieuse, être trouvée, la même offre est faite à la personne ou aux diverses personnes dont les terrains sont directement contigus aux terrains qu'on projette de vendre, ces personnes étant habiles à conclure un contrat relatif à l'achat de ces terrains; et lorsque plus d'une personne a un tel droit de préemption, l'offre est faite à chacune de ces personnes successivement, dans l'ordre que les promoteurs de l'entreprise estiment approprié.

[20] Les demandeurs prétendent que cette loi impériale a été incorporée dans la législation canadienne par la *Colonial Laws Validity Act, 1865* (R.-U.), 28 & 29 Vict., ch. 63. Les demandeurs soutiennent également que cette disposition fait toujours partie du droit

been affected by the *Statute of Westminster, 1931*, 1931 (U.K.), 22 Geo. V, c. 4 [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 27].

#### Colourable Scheme & Statutory Authority of National Capital Commission

[21] The plaintiffs also submit that the words of Justice Gibson in *Munro, supra*, contemplate the reacquisition of expropriated land by the original owner upon abandonment when abandonment forms part of a colourable scheme.

[22] The plaintiffs maintain that the actions of the National Capital Commission in this case, in selling surplus lands for a significant purchase price, raise the possibility of participation by the Commission in a colourable scheme which would be contrary to the purposes of the Act.

[23] Finally, the plaintiffs claim that the defendant acted outside its authority in rezoning the land and selling it. They also allege that there are serious policy considerations raised by the actions of the National Capital Commission which has been granted, by statute, the extraordinary right to expropriate private lands for particular purposes. In support of this argument the plaintiffs refer to subsections 10(1) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 45, s. 3] and 10(2) of the *National Capital Act* [R.S.C., 1985, c. N-4].

[24] Subsection 10(1) identifies the purposes of the National Capital Commission as follows:

**10. (1)** The objects and purposes of the Commission are to

(a) prepare plans for and assist in the development, conservation and improvement of the National Capital Region in order that the nature and character of the seat of the Government of Canada may be in accordance with its national significance; and

(b) organize, sponsor or promote such public activities and events in the National Capital Region as will enrich the cultural and social fabric of Canada, taking into account the federal character of Canada, the equality of status of the official languages of Canada and the heritage of the people of Canada.

canadien et que le *Statut de Westminster de 1931*, 1931 (R.-U.), 22 Geo. V, ch. 4 [L.R.C. (1985), appendice II, n° 27] n'a rien changé à cela.

Le stratagème déguisé et la compétence que reconnaît la loi à la Commission de la capitale nationale

[21] Les demandeurs prétendent également que les termes utilisés par le juge Gibson dans la décision *Munro*, précitée, envisagent le rachat des terrains expropriés par leur propriétaire initial en cas d'abandon faisant partie d'un stratagème déguisé.

[22] Les demandeurs soutiennent que le fait pour la Commission de la capitale nationale en l'espèce de vendre des terrains excédentaires à un prix très élevé soulève la possibilité de la participation de la Commission à un stratagème déguisé qui serait contraire à l'objet de la Loi.

[23] Enfin, les demandeurs allèguent que la défendresse a outrepassé sa compétence en rezonant le terrain et en le vendant. Ils affirment également que les actes de la Commission de la capitale nationale, à qui la loi a conféré le pouvoir extraordinaire d'exproprier des terrains privés à des fins particulières, soulèvent des considérations de principe importantes. À l'appui de cet argument, les demandeurs invoquent les paragraphes 10(1) [mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 45, art. 3] et 10(2) de la *Loi sur la capitale nationale* [L.R.C. (1985), ch. N-4].

[24] Selon le paragraphe 10(1), la Commission de la capitale nationale a la mission suivante:

**10. (1)** La Commission a pour mission:

a) d'établir des plans d'aménagement, de conservation et d'embellissement de la région de la capitale nationale et de concourir à la réalisation de ces trois buts, afin de doter le siège du gouvernement du Canada d'un cachet et d'un caractère dignes de son importance nationale;

b) d'organiser, de parrainer ou de promouvoir, dans la région de la capitale nationale, des activités et des manifestations publiques enrichissantes pour le Canada sur les plans culturel et social, en tenant compte du caractère fédéral du pays, de l'égalité du statut des langues officielles du Canada ainsi que du patrimoine des Canadiens.



[25] Subsection 10(2) describes the ways in which the National Capital Commission can act in the discharge of its statutory authority:

10. . . .

(2) The Commission may, for the purposes of this Act,

(a) acquire, hold, administer or develop property;

(b) sell, grant, convey, lease or otherwise dispose of or make available to any person any property, subject to such conditions and limitations as it considers necessary or desirable;

(c) construct, maintain and operate parks, squares, highways, parkways, bridges, buildings and any other works;

(d) maintain and improve any property of the Commission, or any other property under the control and management of a department, at the request of the authority or Minister in charge thereof;

(e) cooperate or engage in joint projects with, or make grants to, local municipalities or other authorities for the improvement, development or maintenance of property;

(f) construct, maintain and operate, or grant concessions for the operation of, places of entertainment, amusement, recreation, refreshment, or other places of public interest or accommodation on any property of the Commission;

(g) administer, preserve and maintain any historic place or historic museum;

(h) conduct investigations and researches in connection with the planning of the National Capital Region;

(i) generally, do and authorize such things as are incidental or conducive to the attainment of the objects and purposes of the Commission and the exercise of its powers.

[26] The mandate of the National Capital Commission is specifically related to the “development, conservation and improvement of the National Capital Region”. The term “National Capital Region” is defined in the relevant legislation as follows:

2. . . .

. . .

[25] Le paragraphe 10(2) décrit les moyens que la Commission de la capitale nationale peut utiliser dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi:

10. [. . .]

(2) Pour l'application de la présente loi, la Commission peut:

a) acquérir, détenir, gérer ou mettre en valeur des biens;

b) prendre, à l'égard de biens, toute mesure compatible avec les conditions et restrictions qu'elle juge utiles, et notamment les vendre, les concéder, les transférer, les louer ou encore les mettre à la disposition de qui que ce soit;

c) construire, entretenir et exploiter des parcs, places, voies publiques, promenades, ponts, bâtiments ou tous autres ouvrages;

d) entretenir et améliorer ses propres biens ou, à la demande du titulaire ou autre responsable d'un ministère, d'autres biens placés sous l'autorité de ce ministère et gérés par lui;

e) collaborer ou participer à des projets conjoints avec les municipalités locales ou d'autres autorités, ou leur accorder des subventions, en vue de l'embellissement, de l'aménagement ou de l'entretien des propriétés;

f) aménager, entretenir et exploiter—ou accorder des concessions pour exploiter—, sur toute propriété de la Commission, des lieux d'intérêt ou d'usage public, notamment des lieux de divertissement, de loisir et de rafraîchissement;

g) administrer, préserver et entretenir tout lieu ou musée historique;

h) mener des enquêtes et recherches sur la planification de la région de la capitale nationale;

i) d'une façon générale, accomplir et autoriser les actions pouvant contribuer, directement ou indirectement, à la réalisation de sa mission.

[26] Le mandat de la Commission de la capitale nationale se rapporte particulièrement à «[l]'aménagement, [la] conservation et [l]'embellissement de la région de la capitale nationale». L'expression «région de la capitale nationale» est définie comme suit dans la loi pertinente:

2. [. . .]

[. . .]

“National Capital Region” means the seat of the Government of Canada and its surrounding area, more particularly described in the schedule.

#### Analysis

[27] Before embarking on the analysis of the motion for summary judgment, it must be kept in mind that the plaintiffs are not seeking the judicial review of the decision of the defendant to either declare the land surplus, rezone the land or sell the land. Instead, the plaintiffs have sought relief based on the legal arguments that they retain an interest in land.

[28] For the purposes of the present motion, I must determine, having regard to the principles for summary judgment stated in *Granville Shipping Co. v. Pegasus Lines Ltd.*, [1996] 2 F.C. 853 (T.D.) whether there is a genuine issue for trial. This case provides a detailed list of the factors to be considered upon a motion for summary judgment.

[29] I would also note that more recently, the Federal Court of Appeal in *Kanematsu GmbH v. Acadia Shipbrokers Ltd.*, [2000] F.C.J. No. 978 (QL) made the following comments at paragraph 13 which are also relevant to the present matter in terms of the evidence that must be adduced on a motion for summary judgment:

The decision of this Court in *Feoso Oil Ltd. v. The Sarla*, interpreting the Federal Court Rules, is a leading authority on the subject of summary judgment. It has mandated that on a motion for summary judgment both sides must file such evidence as is reasonably available to them on the issues pleaded and which could assist the Court to determine if there is a genuine issue for trial. The responding party cannot rest on its pleadings and must give specific facts showing there is a genuine issue for trial.

[30] Expropriation is a creature of statute. The National Capital Commission has been granted that power by Parliament. On the evidence before me, it appears that the statutory requirements covering the expropriation of the Woodburn lands have been met. Furthermore, the plaintiffs have clearly said that they do not contest the validity of the expropriation. Their

«région de la capitale nationale» désigne le siège du gouvernement du Canada et ses alentours, plus particulièrement décrits dans l'annexe.

#### Analyse

[27] Avant d'entreprendre l'analyse relative à la requête en jugement sommaire, il importe de ne pas oublier que les demandeurs ne sollicitent pas le contrôle judiciaire de la décision de la défenderesse de déclarer le terrain excédentaire, de le rezoner ou de le vendre. Plutôt, les demandeurs ont sollicité réparation en se fondant sur les arguments juridiques selon lesquels ils conservent un droit sur le terrain.

[28] Pour les fins de la présente requête, je dois déterminer, compte tenu des principes applicables aux jugements sommaires énoncés dans *Granville Shipping Co. c. Pegasus Lines Ltd.*, [1996] 2 C.F. 853 (1<sup>re</sup> inst.), s'il existe une question sérieuse à instruire. Cette affaire fournit une liste détaillée des facteurs à prendre en considération sur présentation d'une requête en jugement sommaire.

[29] Je note également que, plus récemment, la Cour d'appel fédérale, dans *Kanematsu GmbH c. Acadia Shipbrokers Ltd.*, [2000] F.C.J. n° 978 (QL), a émis les commentaires suivants au paragraphe 13 et que ceux-ci sont pertinents en l'espèce en ce qui concerne les éléments de preuve qui doivent être soumis sur présentation d'une requête en jugement sommaire:

La décision de la Cour dans l'affaire *Feoso Oil Ltd. c. Le Sarla*, où elle interprète les Règles de la Cour fédérale, constitue un arrêt de principe en matière de jugement sommaire. Il établit que, sur présentation d'une requête en jugement sommaire, les deux parties doivent déposer la preuve relative aux questions invoquées à laquelle elles peuvent raisonnablement avoir accès et qui est susceptible d'aider la Cour à déterminer s'il existe une question sérieuse à instruire. L'intimé ne peut s'appuyer sur ses plaidoiries écrites; il doit faire valoir des faits précis démontrant l'existence d'une question sérieuse à instruire.

[30] L'expropriation est une création de la loi. Le législateur a conféré ce pouvoir à la Commission de la capitale nationale. Compte tenu des éléments de preuve dont je suis saisie, il semble que les exigences prévues par la loi quant à l'expropriation des terrains appartenant aux Woodburn ont été respectées. En outre, les demandeurs ont clairement dit qu'ils ne

quarrel is with the disposition of the expropriated land now that the National Capital Commission has declared the land surplus to its needs.

[31] There is no provision in either the *National Capital Act, supra* or in the *Expropriation Act, supra* which addresses the situation here, that is the legal consequences of a decision by the expropriating authority to abandon the purpose for which the land was expropriated.

[32] Section 24 of the *Expropriation Act, supra* deals with the situation where the expropriating authority abandons the expropriated lands, but there is no evidence that such abandonment occurred here. In this case, the National Capital Commission has abandoned the use it formerly made of the land but it has not abandoned the land itself.

[33] I do not accept the arguments made about a common law right to reacquire the land which right is said to arise by inference from the remarks of Mr. Justice Gibson in *National Capital Commission v. Munro, supra*. Indeed, I interpret the comments of Mr. Justice Gibson to mean that the National Capital Commission can abandon the purposes for which land was expropriated, as long as the abandonment is not part of a colourable scheme.

[34] The words “colourable scheme” are problematic as their meaning is ambiguous. They suggest duplicity and impropriety. In the context of this case, the plaintiffs argue that the planned disposition of the former Woodburn lands is part of a colourable scheme. However, there is no evidence that this is the case.

[35] The basis for alleging participation by the National Capital Commission in a “colourable scheme” lies in the facts about the initial acquisition of the land and its current proposed disposition. In 1961, the National Capital Commission expropriated a block of land comprising some 56-57 acres which had been farmed by the Woodburn family since 1945. The compensation for the expropriation was \$110,000.

contestent pas la validité de l’expropriation. Leur litige porte sur l’aliénation du terrain exproprié maintenant que la Commission de la capitale nationale a déclaré celui-ci excédentaire.

[31] Aucune disposition de la *Loi sur la capitale nationale*, précitée, ni de la *Loi sur les expropriations*, précitée, ne traite de la situation en l’espèce, soit les conséquences juridiques d’une décision par l’autorité expropriante d’abandonner les fins pour lesquelles le terrain a été exproprié.

[32] L’article 24 de la *Loi sur les expropriations*, précitée, traite de la situation où l’autorité expropriante abandonne les terrains expropriés, mais rien ne prouve qu’il y eu un tel abandon en l’espèce. Dans la présente affaire, la Commission de la capitale nationale a abandonné l’utilisation qu’elle faisait du terrain, mais elle n’a pas abandonné le terrain lui-même.

[33] Je n’accepte pas les arguments fondés sur un droit de common law de racheter le terrain, droit qui, dit-on, découlerait par déduction des remarques du juge Gibson dans la décision *National Capital Commission c. Munro*, précitée. En fait, j’interprète les commentaires du juge Gibson comme signifiant que la Commission de la capitale nationale peut abandonner les fins pour lesquelles le terrain a été exproprié, dans la mesure où l’abandon ne relève pas d’un stratagème déguisé.

[34] L’expression «stratagème déguisé» (*colourable scheme*) est problématique parce que son sens est ambigu. Elle évoque la duplicité et l’irrégularité. Dans le contexte de la présente affaire, les demandeurs prétendent que l’aliénation projetée des anciens terrains des Woodburn relève d’un stratagème déguisé. Toutefois, rien ne prouve que c’est le cas.

[35] Les allégations de participation de la Commission de la capitale nationale à un «stratagème déguisé» s’appuient sur les faits entourant l’acquisition initiale du terrain et son aliénation projetée en ce moment. En 1961, la Commission de la capitale nationale a exproprié un terrain d’environ 56 ou 57 acres qu’avait cultivé la famille Woodburn depuis 1945. L’indemnité relative à l’expropriation a été de 110 000 \$.

[36] The National Capital Commission did not enter into physical possession of the land but leased it to Emerson Woodburn who continued to farm it. The land was used for farming until 1994 when the National Capital Commission refused to renew the lease.

[37] In 1999, subsequent to applications for severance and rezoning, a portion of the expropriated land was the subject of an agreement for sale for the sum of \$6,702,000. The proposed use of the land was for commercial use. The purpose for which it was expropriated was for inclusion in the Greenbelt around the National Capital Region, a buffer against urban sprawl.

[38] The substantial price which the National Capital Commission will receive from the sale of the land, together with its proposed use in commercial development after nearly 40 years of its use as part of the Greenbelt, may invite speculation. However, in the absence of evidence that the expropriation proceedings in 1961 were motivated by an intention to bank land holdings in anticipation of a future sale for financial gain, I am not prepared to conclude that the National Capital Commission is party to a colourable scheme.

[39] Similarly, I am not persuaded that the plaintiffs can rely upon *The Lands Clauses Consolidation Act, 1845, supra*, as supporting their argument that they are entitled, by that statute, to a pre-emptive right to reacquire the expropriated lands.

[40] In my view, section 128 of that statute, if applicable, only confers on an affected landowner a first option to repurchase the expropriated lands, subject to other provisions of that statute. While the plaintiffs here were not given a first option to purchase, they were certainly at liberty to participate in the bidding process. The plaintiffs chose not to do so.

[41] The remaining argument advanced by the plaintiffs relates to the policy implications of the

[36] La Commission de la capitale nationale n'a pas pris possession matérielle du terrain, mais l'a loué à Emerson Woodburn qui a continué de le cultiver. Le terrain a été utilisé à des fins agricoles jusqu'en 1994, quand la Commission de la capitale nationale a refusé de renouveler le bail.

[37] En 1999, après que des demandes de morcellement et de rezonage eurent été présentées, une partie du terrain exproprié a fait l'objet d'une convention de vente pour la somme de 6 702 000 \$. On projetait d'utiliser le terrain à des fins commerciales. Le terrain avait été exproprié pour être inclus dans la Ceinture de verdure qui entoure la région de la capitale nationale, une zone tampon contre l'étalement de la ville.

[38] La somme considérable que la Commission de la capitale nationale tirera de la vente du terrain et, en plus, l'utilisation commerciale projetée de ce terrain, qui a fait partie pendant près de 40 ans de la Ceinture de verdure, peuvent donner lieu à des suppositions. Cependant, en l'absence d'éléments de preuve selon lesquels les procédures d'expropriation en 1961 étaient motivées par l'intention de mettre en réserve les biens immobiliers en vue de les vendre ultérieurement et d'en tirer un profit financier, je ne suis pas disposée à conclure que la Commission de la capitale nationale participe à un stratagème déguisé.

[39] De même, je ne suis pas convaincue que les demandeurs peuvent invoquer la *Lands Clauses Consolidation Act, 1845*, précitée, à l'appui de leur argument selon lequel cette loi leur confère un droit de préemption quant au rachat des terrains expropriés.

[40] À mon avis, l'article 128 de cette loi, s'il est applicable, confère au propriétaire foncier intéressé uniquement un droit de préemption quant au rachat des terrains expropriés, sous réserve d'autres dispositions de cette loi. Bien que les demandeurs en l'espèce n'aient pas bénéficié d'un tel droit, il leur était certainement loisible de participer au processus d'appel d'offres. Les demandeurs ont décidé de ne pas y participer.

[41] Le dernier argument soulevé par les demandeurs se rapporte aux incidences sur les politiques générales

actions of the National Capital Commission in selling expropriated lands to generate monies for its continuing operations. This question presents the additional inquiry whether the rezoning and selling of the said land fall within the statutory authority of the National Capital Commission.

[42] The question of whether the defendant is or is not acting within its statutory authority does not affect the ultimate issue which is at stake in the present motion for summary judgment. Even if the defendant was acting outside of its statutory authority, and I emphasize that I am making no finding in that regard, the fact remains that the expropriation of the land was legal and based on *Munro*, the defendant is within its legal competence to change the purpose for which the said land was expropriated. There is also no mechanism in Canadian law by which the land in this case would revert to the Woodburns, save perhaps where the facts of the case merit an application of the comments made by Justice Gibson in *Munro*, *supra*.

[43] Accordingly, based on the current state of the law with regard to expropriation and summary judgment as well as on the pleadings on which this motion is based, I am of the opinion that the motion for summary judgment should be granted. I am not persuaded that the plaintiffs have shown that there is a genuine issue for trial in this case.

[44] However, I would close by saying that I am not unsympathetic to the situation in which the Woodburns find themselves. Their land was expropriated against their will in order to create the Greenbelt. The land itself remained farmland as the defendant entered into a series of leases with the Woodburns. Then, pursuant to a study, the land was declared surplus.

[45] Considering the fact that the Greenbelt was conceived as a “buffer zone” against encroaching urban sprawl, the steps taken by the National Capital Commission to declare the land surplus and to obtain a rezoning of the land from institutional government

du fait que la Commission de la capitale nationale a vendu des terrains expropriés en vue d’obtenir de l’argent pour ses opérations courantes. Cette question soulève la question additionnelle de savoir si le rezonage et la vente du terrain en question relève de la compétence que la loi confère à la Commission de la capitale nationale.

[42] La question de savoir si la défenderesse agit ou non dans les limites de la compétence que lui confère la loi n’influe pas sur la question litigieuse dans la présente requête en jugement sommaire. Même si la défenderesse avait outrepassé la compétence que lui conférerait la loi, et je souligne que je ne tire aucune conclusion à cet égard, il reste que l’expropriation du terrain était légale et que, compte tenu de la décision *Munro*, la loi habilite la défenderesse à changer la fin pour laquelle le terrain en question a été exproprié. Le droit canadien ne prévoit aucun mécanisme permettant que le terrain en l’espèce revienne aux Woodburn, sauf, peut-être, si les faits de l’espèce méritaient l’application des commentaires du juge Gibson dans la décision *Munro*, précitée.

[43] En conséquence, compte tenu de l’état actuel du droit sur l’expropriation et les jugements sommaires, ainsi que des actes de procédure sur lesquels la présente requête est fondée, je suis d’avis que la requête en jugement sommaire devrait être accueillie. Je ne suis pas convaincue que les demandeurs ont établi qu’il existe une question sérieuse à instruire en l’espèce.

[44] Cependant, je concluais en disant que je ne suis pas indifférente à la situation dans laquelle se trouvent les Woodburn. Leur terrain a été exproprié contre leur gré en vue de créer la Ceinture de verdure. Le terrain lui-même est demeuré une terre agricole puisque la défenderesse a conclu une série de baux avec les Woodburn. Par la suite, conformément à une étude, le terrain a été déclaré excédentaire.

[45] Compte tenu du fait que la Ceinture de verdure a été conçue pour constituer une «zone tampon» contre l’étalement de la ville, les mesures qu’a prises la Commission de la capitale nationale pour déclarer le terrain excédentaire et pour que le terrain, qui était

to highway commercial seem more consistent with accommodation of urban sprawl, rather than resistance to the erosion of green areas. When one considers this, in combination with the fact that the sale of the land generated a profit for the National Capital Commission of \$6,7 million dollars, one cannot help but question the motivation of the defendant in declaring the land surplus, rezoning the land and selling it. Accordingly, although the conclusion in law is inevitable, one cannot help but feel considerable sympathy for the Woodburns.

#### ORDER

[46] The motion for summary judgment is granted. Having regard to the circumstances of this case, there is no order as to costs.

désigné zone institutionnelle gouvernementale, soit rezoné et devienne zone commerciale routière semblent plus conformes à une concession à l'étalement de la ville qu'à une résistance à l'érosion des zones vertes. Si l'on tient compte de cela et du fait que la Commission de la capitale nationale a réalisé un profit de 6,7 millions de dollars sur la vente du terrain, on ne peut s'empêcher de s'interroger sur les motifs qui ont poussé la défenderesse à déclarer le terrain excédentaire, à le rezoner et à le vendre. En conséquence, bien que la conclusion en droit soit inévitable, on ne peut s'empêcher d'éprouver une immense sympathie pour les Woodburn.

#### ORDONNANCE

[46] La requête en jugement sommaire est accueillie. Compte tenu des circonstances de l'espèce, il n'y a pas d'ordonnance quant aux dépens.

IMM-3113-99

**The Minister of Citizenship and Immigration**  
(Applicant)

v.

**Thi Kim Ahn (Anh) Dang** (Respondent)

**INDEXED AS: CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) v. DANG (T.D.)**

Trial Division, Dawson J.—Toronto, May 18; Ottawa, July 20, 2000.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Permanent residents — Humanitarian and compassionate considerations — Judicial review of IAD's decision allowing appeal from visa officer's refusal of application to sponsor relatives for immigration to Canada because applicant's, husband's combined income for 12 months prior to sponsorship undertaking slightly less than Low Income Cut-off (LICO) stipulated in Immigration Regulations, 1978 — Immigration Act, s. 77(3)(a) permitting sponsor to appeal refusal of sponsorship on compassionate, humanitarian grounds warranting grant of special relief — IAD finding sufficient compassionate, humanitarian grounds to warrant granting special relief — Finding sponsors' income exceeded LICO following application, likely to continue to do so — Followed IAD decision in Jugpall v. Canada (MCI), holding positive, negative factors should be applied where obstacle to admissibility overcome — Jugpall principles within IAD jurisdiction — IAD noted applicants only immediate family respondent had relations with, applicants would be living with respondent, husband — IAD not lowering threshold to such extent as to abandon statutory requirement for compassionate, humanitarian considerations warranting granting special relief — IAD, not Court, sets threshold — Question certified: whether IAD exceeding jurisdiction set out in s. 77(3) by following Jugpall.*

*Administrative law — Judicial review — Certiorari — Judicial review of IAD's decision allowing appeal from visa officer's refusal of application to sponsor relatives for immigration to Canada because respondent's, husband's combined income for 12 months prior to sponsorship undertaking \$1500 less than Low Income Cut-off stipulated*

IMM-3113-99

**Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration**  
(demandeur)

c.

**Thi Kim Ahn (Anh) Dang** (défenderesse)

**RÉPERTORIÉ: CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) c. DANG (1<sup>re</sup> INST.)**

Section de première instance, juge Dawson—Toronto, 18 mai; Ottawa, 20 juillet 2000.

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Résidents permanents — Raisons d'ordre humanitaire — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la SAI avait accueilli l'appel du refus de l'agent des visas de faire droit à la demande visant au parrainage de membres de la famille de la défenderesse pour qu'ils immigrerent au Canada parce que le revenu global de la défenderesse et de son mari, pour les 12 mois précédant la date de l'engagement relatif au parrainage, était légèrement inférieur au seuil de faible revenu (SFR) énoncé dans le Règlement sur l'immigration de 1978 — L'art. 77(3)a de la Loi sur l'immigration permet au répondant d'interjeter appel contre le refus de parrainage en invoquant des raisons d'ordre humanitaire justifiant l'octroi d'une mesure spéciale — La SAI avait conclu à l'existence de raisons d'ordre humanitaire suffisantes justifiant l'octroi d'une mesure spéciale — Elle avait conclu qu'après la présentation de la demande, le revenu des répondants avait dépassé le SFR et qu'il continuerait probablement à le dépasser — La SAI a suivi la décision rendue dans Jugpall c. Canada (MCI), à savoir qu'il faut tenir compte des facteurs favorables et des facteurs défavorables dans les cas où l'obstacle à l'admissibilité a été surmonté — Les principes énoncés dans Jugpall relevaient de la compétence de la SAI — La SAI a noté que les requérants étaient les seuls membres de la famille immédiate avec qui la défenderesse entretenait des relations et qu'ils devaient habiter avec la défenderesse et son mari — La SAI n'a pas abaissé l'exigence préliminaire au point d'abandonner la condition légale selon laquelle il doit exister des raisons d'ordre humanitaire justifiant l'octroi d'une mesure spéciale — C'est à la SAI plutôt qu'à la Cour qu'il appartient d'établir quelle est l'exigence préliminaire — Question certifiée: la SAI excède-t-elle la compétence conférée à l'art. 77(3) en suivant la décision Jugpall?*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la SAI avait accueilli l'appel du refus de l'agent des visas de faire droit à la demande visant au parrainage de membres de la famille de la défenderesse pour qu'ils immigrerent au Canada parce que le revenu global de la défenderesse et de son*

*in Immigration Regulations, 1978, s. 5(2)(f), Sch. IV — Respondent acknowledging at hearing visa officer's income calculation correct — IAD holding visa officer erred in calculation of income (legal ground); compassionate and humanitarian grounds warranting special relief (equitable ground) — Once informed respondent not disputing income calculation, IAD obliged to advise Minister of decision to inquire into adequacy of that decision — Fundamental element of common law duty of fairness that participant at hearing must have sufficient knowledge of what at issue to afford opportunity to respond in meaningful way — Minister's representative not addressing issue of calculations as result of failure to advise that propriety of visa officer's calculations at issue — Portion of decision allowing appeal on legal ground invalid — But decision on equitable ground not affected by breach of duty of fairness as sufficiently separate from decision on legal ground.*

This was an application for judicial review of the Immigration Appeal Division's (IAD) decision allowing the respondent's appeal from the visa officer's refusal of her request to sponsor her father, stepmother and brother for immigration to Canada as members of the family class. The visa officer had refused the sponsored application for landing because the respondent and her husband's combined income for the 12 months prior to the date of the giving of their sponsorship undertaking was \$1500 short of the Low Income Cut-off (LICO) requirement of *Immigration Regulations, 1978*, paragraph 5(2)(f) and Schedule IV. Pursuant to *Immigration Act*, paragraph 77(1)(a) a visa officer may refuse a sponsored application for landing made by a member of the family class where the sponsor does not meet the requirements of the Regulations. In that event, paragraph 77(3)(b) permits the sponsor to appeal on compassionate or humanitarian grounds that warrant the granting of special relief. At the outset of the hearing, the respondent acknowledged that the visa officer correctly determined that she and her husband did not meet the LICO requirement. The IAD allowed the appeal on both legal and equitable grounds. It concluded that the visa officer erred in the income calculation, and it found sufficient compassionate and humanitarian grounds to warrant the granting of special relief. The IAD found that the sponsors' income exceeded the LICO in the two years following the application and that they were likely to continue to do so. Because the obstacle to admissibility had been met, it proceeded to follow the Board's decision in *Jugpall v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)* and applied a lower threshold for compassionate or

*mari, pour les 12 mois précédant la date de l'engagement relatif au parrainage, était inférieur de 1 500 \$ au seuil de faible revenu (SFR) énoncé à l'art. 5(2)f) et à l'ann. IV du Règlement sur l'immigration de 1978 — La défenderesse a reconnu, à l'audience, que le calcul du revenu effectué par l'agent des visas était exact — La SAI a conclu que l'agent des visas avait commis une erreur dans le calcul du revenu (motif d'ordre juridique) et qu'il existait des raisons d'ordre humanitaire justifiant l'octroi d'une mesure spéciale (motif fondé en equity) — Une fois que la défenderesse eut informé la SAI qu'elle ne remettait pas en question le calcul du revenu, la SAI était tenue d'informer le ministre qu'elle avait décidé d'examiner le bien-fondé de cette décision — Un élément fondamental de l'obligation d'équité existant en common law veut qu'une personne qui participe à une audience ait une connaissance suffisante de ce qui est en litige de façon à avoir la possibilité de répondre d'une façon valable — Par suite de l'omission de faire savoir que le bien-fondé des calculs de l'agent des visas était en litige, le représentant du ministre n'a pas examiné la question des calculs — La partie de la décision par laquelle la SAI a accueilli l'appel pour un motif d'ordre juridique est invalide — Cependant, la décision qui était fondée sur un motif d'equity était suffisamment distincte de la décision fondée sur des motifs d'ordre juridique pour ne pas être viciée par suite de la violation de l'obligation d'équité.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la section d'appel de l'immigration (SAI) avait accueilli l'appel que la défenderesse avait interjeté contre le refus de l'agent des visas de faire droit à la demande qu'elle avait présentée en vue de parrainer son père, sa belle-mère et son frère pour qu'ils immigrerent au Canada à titre de membres de la catégorie de la famille. L'agent des visas avait refusé la demande parrainée d'établissement pour le motif que le revenu global de la défenderesse et de son mari, pour les 12 mois précédant la date de l'engagement relatif au parrainage, ne satisfaisait pas à l'exigence relative aux seuils de faible revenu (SFR) énoncée à l'alinéa 5(2)f) et à l'annexe IV du *Règlement sur l'immigration de 1978* et qu'il manquait 1 500 \$. Conformément à l'alinéa 77(1)a) de la *Loi sur l'immigration*, un agent des visas peut refuser une demande parrainée d'établissement présentée par un membre de la catégorie de la famille lorsque le répondant ne satisfait pas aux exigences du Règlement. En pareil cas, le paragraphe 77(3) permet au répondant d'interjeter appel en invoquant des raisons d'ordre humanitaire justifiant l'octroi d'une mesure spéciale. Au début de l'audience, la défenderesse a reconnu que l'agent des visas avait eu raison de conclure que son mari et elle ne satisfaisaient pas à l'exigence relative aux SFR. La SAI a accueilli l'appel pour des motifs d'ordre juridique et pour des motifs fondés en equity. Elle a conclu que l'agent des visas avait commis une erreur dans le calcul du revenu et qu'il existait des raisons d'ordre humanitaire suffisantes pour justifier l'octroi d'une mesure spéciale. La SAI a conclu que le revenu des répondants avait dépassé le SFR au cours des



humanitarian considerations than the test previously used. It noted that the applicants were the respondent's only immediate family, and that they would be living with the respondent so that her housing expenses would not increase.

The issues were: whether the IAD (1) breached the rules of natural justice by failing to advise the parties of its concerns regarding the legal validity of the visa officer's decision, and (2) erred in law by exceeding its compassionate and humanitarian jurisdiction as set out in paragraph 77(3)(b).

*Held*, the application should be dismissed.

(1) Respondent having informed the IAD that she was not putting into issue the correctness of the visa officer's decision that the sponsors did not meet the LICO requirement, the panel came under an obligation to clearly advise the Minister of its decision to nevertheless inquire into the adequacy of that decision. This obligation flows from a fundamental element of the duty of fairness at common law. A participant at a hearing must have sufficient knowledge of what is at issue to afford her an opportunity to participate in the hearing in a meaningful way. As a result of the panel's failure to advise that the propriety of the visa officer's calculation was at issue, the Minister's representative did not address the issue. Therefore, that portion of the IAD's decision which would have allowed the appeal from the visa officer's refusal on the legal ground was invalid because of the panel's breach of the duty of fairness.

Any change in the sponsor's financial circumstances subsequent to the 12-month period preceding the filing of the undertaking referred to in Regulations, paragraph 5(2)(f) may be relevant to the compassionate and humanitarian determination under paragraph 77(3)(b). The Minister did not complain about the IAD's consideration of the sponsors' income subsequent to the relevant period, but argued that there was nothing exceptional in the circumstances as the respondent and her husband were able to visit their families in Vietnam. The IAD's failure to advise the Minister that the sponsors' income for the period from September 1996 to September 1997 would be in issue did not impact or touch upon the Minister's ability to fully participate in the appeal as it related to the IAD's equitable jurisdiction under paragraph 77(3)(b). In invoking a lower degree of compassionate or humanitarian considerations than that under the

deux années postérieures à la demande et qu'il continuerait probablement à le dépasser. Étant donné que ce qui faisait obstacle à l'admissibilité avait été éliminé, la SAI a suivi la décision rendue par la Commission dans la décision *Jugpall c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* et a appliqué, à l'égard des raisons d'ordre humanitaire, une exigence préliminaire moins rigoureuse que celle qui s'appliquait auparavant. La SAI a noté que les requérants étaient les seuls membres de la famille immédiate de la défenderesse et qu'ils habiteraient chez la défenderesse de sorte que les frais d'habitation de celle-ci n'augmenteraient pas.

Il s'agissait de savoir 1) si la SAI avait violé les règles de justice naturelle en omettant d'informer les parties de ses réserves au sujet de la validité de la décision de l'agent des visas sur le plan juridique et 2) si la SAI avait commis une erreur de droit en excédant sa compétence à l'égard des raisons d'ordre humanitaire qui peuvent être invoquées en vertu de l'alinéa 77(3)b).

*Jugement*: la demande doit être rejetée.

1) Une fois que la défenderesse eut informé la SAI qu'elle ne remettait pas en question le bien-fondé de la décision de l'agent des visas, à savoir que les répondants ne satisfaisaient pas à l'exigence relative aux SFR, la formation était tenue d'informer clairement le ministre qu'elle avait décidé d'examiner néanmoins cette décision. Cette obligation découle d'un élément fondamental de l'obligation d'équité existant en common law. Une personne qui participe à une audience doit avoir une connaissance suffisante de ce qui est en litige de façon à avoir réellement la possibilité de participer à l'audience. Par suite de l'omission de la formation de faire savoir que le bien-fondé du calcul effectué par l'agent des visas était en litige, le représentant du ministre n'a pas examiné la question. Par conséquent, la partie de la décision par laquelle la SAI aurait accueilli l'appel interjeté contre le refus de l'agent des visas pour le motif qu'il n'était pas conforme au droit était invalide parce que la formation avait violé l'obligation d'équité.

Les changements qui surviennent dans la situation financière du répondant après la période de 12 mois précédant la date de l'engagement dont il est fait mention à l'alinéa 5(2)f) du Règlement peuvent entrer en ligne de compte dans la décision fondée sur des raisons d'ordre humanitaire qui est prise en vertu de l'alinéa 77(3)b). Le ministre ne s'est pas plaint du fait que la SAI tenait compte du revenu gagné par les répondants après la période pertinente, mais il a soutenu que les circonstances n'étaient tout simplement pas exceptionnelles puisque la défenderesse et son mari avaient pu retourner au Vietnam pour rendre visite à leurs familles. Le fait que la SAI n'a pas informé le ministre que la question du revenu des répondants pour la période allant du mois de septembre 1996 au mois de septembre 1997 allait être en cause n'empêchait pas le ministre de participer pleinement à l'aspect de l'appel

Board's test in *Chirwa*, the IAD relied on *Jugpall v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)*. *Jugpall* is only relevant where the legal test for admissibility, meeting the LICO requirement, has not been met. Thus the IAD's decision on the compassionate and humanitarian ground was sufficiently separate from its decision on the legal ground as to be unaffected by the breach of the duty of fairness.

(2) The principles established in *Jugpall* did not exceed the jurisdiction conferred on the IAD. The Minister expressed concern that the adoption of the *Jugpall* principles would encourage applicants to apply prematurely, secure in the knowledge that the appeal would be allowed so long as the LICO requirement was met at the date of the appeal hearing. That concern was met by the IAD's clear admonition that there must be something more than the mere ability of the applicant to meet the LICO requirement, and by its comment that the assessment of changed financial circumstances must not undermine the nature of the amendments to the Regulations.

The IAD noted that the applicants were the only immediate family that the respondent had relations with and that the applicants would be living with the respondent and her husband. That combined with the conclusion that the sponsors had exceeded the LICO requirement since 1997 led the IAD to conclude that sufficient factors existed to warrant special relief. The IAD did not lower the threshold to such an extent as to abandon the statutory requirement for the existence of compassionate or humanitarian considerations that warrant the granting of special relief. While the threshold applied by the Appeal Division may have been extremely low, there remained a threshold other than the simple subsequent meeting of the LICO requirement. The Appeal Division, not the Court must set this threshold. The IAD did not err in law by exceeding or misinterpreting its jurisdiction.

The following question was certified: does the IAD exceed its jurisdiction set out in *Immigration Act*, paragraph 77(3) by following the rationale and the principles set out in *Jugpall v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)*, namely that a different and lower threshold based on positive and negative factors should be applied in circumstances where the obstacle to admissibility has been overcome at the time of the hearing?

entendu par la SAI en vertu de la compétence en *equity* conférée par l'alinéa 77(3)b). En disant que les raisons d'ordre humanitaire devaient être moins rigoureuses que celles qui s'appliquent selon le critère que la Commission avait énoncé dans la décision *Chirwa*, la SAI s'est fondée sur la décision *Jugpall c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*. La décision *Jugpall* n'est pertinente que dans les cas où la condition juridique d'admissibilité, soit l'exigence relative aux SFR, n'a pas été remplie. Par conséquent, la décision que la SAI a rendue au motif de l'existence de raisons d'ordre humanitaire est suffisamment distincte de la décision qu'elle a rendue pour des motifs d'ordre juridique pour ne pas être viciée par suite de la violation de l'obligation d'équité.

2) Les principes établis dans la décision *Jugpall* n'excédaient pas la compétence conférée à la SAI. Le ministre craignait que l'adoption des principes énoncés dans la décision *Jugpall* aurait pour effet d'encourager les requérants à présenter une demande prématurée, en sachant fort bien que l'appel serait accueilli dans la mesure où l'exigence relative aux SFR était respectée à la date de l'audition de l'appel. La SAI a répondu à cette préoccupation en disant clairement que la simple capacité du requérant de satisfaire à l'exigence relative aux SFR ne suffit pas, et en faisant remarquer que l'appréciation des changements survenus dans la situation financière ne doit pas porter atteinte à la nature des modifications apportées au Règlement.

La SAI a noté que les requérants étaient les seuls membres de la famille immédiate avec qui la défenderesse entretenait des relations et qu'ils devaient habiter avec la défenderesse et son mari. Ce fait ainsi que la conclusion selon laquelle les répondants dépassaient le SFR depuis 1997 ont amené la SAI à conclure qu'il existait des facteurs suffisants justifiant l'octroi d'une mesure spéciale. La SAI n'a pas abaissé l'exigence préliminaire au point d'abandonner la condition légale selon laquelle il doit exister des raisons d'ordre humanitaire justifiant l'octroi d'une mesure spéciale. L'exigence préliminaire que la SAI a appliquée était peut-être fort peu rigoureuse, mais elle est néanmoins plus rigoureuse que le simple fait de satisfaire subséquemment à l'exigence relative aux SFR. C'est à la section d'appel plutôt qu'à la Cour qu'il appartient d'établir quelle est cette exigence préliminaire. La SAI n'a pas commis l'erreur de droit consistant à excéder sa compétence ou à l'interpréter d'une façon erronée.

La question ci-après énoncée a été certifiée: la SAI excède-t-elle la compétence qui lui est conférée à l'alinéa 77(3) de la *Loi sur l'immigration* en suivant le raisonnement et les principes énoncés dans la décision *Jugpall c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, à savoir qu'une exigence préliminaire différente moins rigoureuse fondée sur des facteurs favorables et sur des facteurs défavorables devrait s'appliquer dans les cas où l'obstacle à l'admissibilité a été surmonté au moment de l'audience?

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY  
CONSIDERED

*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 77(1)(a), (3)(b) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 33; S.C. 1999, c. 31, s. 134), 82.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19; S.C. 1992, c. 49, s. 73).

*Immigration Regulations, 1978*, SOR/78-172, s. 5(2)(f) (as am. by SOR/97-145, s. 3), Sch. IV (as am. *idem*, s. 6).

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Juggall v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)* (1999), 2 Imm. L.R. (3d) 222 (I.R.B.).

## CONSIDERED:

*Chirwa, Lancelot* (1970), 4 I.A.C. 338 (I.A.B.); *Canada (Solicitor General) v. Kainth* (1994), 26 Imm. L.R. (2d) 226; 170 N.R. 367 (F.C.A.).

## REFERRED TO:

*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Singh (Amarjit)* (1996), 121 F.T.R. 196; 35 Imm. L.R. (2d) 242 (F.C.T.D.); *Cardinal et al. v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643; (1985), 24 D.L.R. (4th) 44; [1986] 1 W.W.R. 577; 69 B.C.L.R. 255; 16 Admin. L.R. 233; 23 C.C.C. (3d) 118; 49 C.R. (3d) 35; 63 N.R. 353; *Yassine v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1994), 27 Imm. L.R. (2d) 135; 172 N.R. 308 (F.C.A.).

APPLICATION for judicial review of the Immigration Appeal Division's decision allowing an appeal, on both legal and equitable grounds from the visa officer's refusal of the respondent's application for the sponsorship of certain relatives for immigration to Canada as members of the family class because respondent and her husband did not meet the statutory income requirement (*Dang v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] I.A.D.D. No. 837 (QL)). Application dismissed.

## APPEARANCES:

*Ann Margaret Oberst* for applicant.  
*Micheal T. Crane* for respondent.

## LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 77(1)a), (3)b) (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 33; L.C. 1999, ch. 31, art. 134), 82.1 (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 19; L.C. 1992, ch. 49, art. 73).

*Règlement sur l'immigration de 1978*, DORS/78-172, art. 5(2)f) (mod. par DORS/97-145, art. 3), ann. IV (mod., *idem*, art. 6).

## JURISPRUDENCE

## DÉCISION APPLIQUÉE:

*Juggall c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1999), 2 Imm. L.R. (3d) 222 (C.I.S.R.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Chirwa, Lancelot* (1970), 4 I.A.C. 338 (C.A.I.); *Canada (Solliciteur général) c. Kainth* (1994), 26 Imm. L.R. (2d) 226; 170 N.R. 367 (C.A.F.).

## DÉCISIONS MENTIONNÉES:

*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Singh (Amarjit)* (1996), 121 F.T.R. 196; 35 Imm. L.R. (2d) 242 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Cardinal et autre c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; (1985), 24 D.L.R. (4th) 44; [1986] 1 W.W.R. 577; 69 B.C.L.R. 255; 16 Admin. L.R. 233; 23 C.C.C. (3d) 118; 49 C.R. (3d) 35; 63 N.R. 353; *Yassine c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1994), 27 Imm. L.R. (2d) 135; 172 N.R. 308 (C.A.F.).

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la section d'appel de l'immigration avait accueilli, pour des motifs d'ordre juridique et pour des motifs fondés en *equity*, l'appel interjeté contre le refus de l'agent des visas de faire droit à la demande que la défenderesse avait présentée en vue de parrainer certains parents pour qu'ils immigrerent au Canada à titre de membres de la catégorie de la famille pour le motif que la défenderesse et son mari ne satisfaisaient pas à l'exigence légale relative au revenu (*Dang c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] I.A.D.D. n° 837 (QL)). Demande rejetée.

## ONT COMPARU:

*Ann Margaret Oberst* pour le demandeur.  
*Micheal T. Crane* pour la défenderesse.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Deputy Attorney General of Canada* for applicant.

*Micheal T. Crane*, Toronto, for respondent.

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

[1] DAWSON J.: Ms. Dang wishes to sponsor her father, stepmother and brother for immigration to Canada.

[2] A visa officer considered Ms. Dang's request and refused to allow it.

[3] Ms. Dang appealed that decision to the Appeal Division of the Immigration and Refugee Board (Appeal Division). The Appeal Division allowed her appeal because it found that the visa officer's refusal was not in accordance with the law and because it decided that the granting of special relief was warranted [[1999] I.A.D.D. No. 837 (QL)].

[4] The Minister seeks an order, under section 82.1 [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19; S.C. 1992, c. 49, s. 73] of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, as amended (Act), setting aside that decision and referring the matter back for redetermination by a differently constituted panel of the Appeal Division in a manner consistent with any reasons for judgment and directions given by the Court.

[5] The Minister's application raises an important issue concerning the Appeal Division's compassionate and humanitarian jurisdiction under paragraph 77(3)(b) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 33; S.C. 1999, c. 31, s. 134] of the Act.

THE FACTS

[6] On September 29, 1997, the respondent, Thi Kim Ahn (Anh) Dang, together with her husband, applied to sponsor her father, stepmother and brother for

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Le sous-procureur général du Canada* pour le demandeur.

*Micheal T. Crane*, Toronto, pour la défenderesse.

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

[1] LE JUGE DAWSON: M<sup>me</sup> Dang souhaite parrainer son père, sa belle-mère et son frère pour qu'ils immigrerent au Canada.

[2] Un agent des visas a examiné la demande de M<sup>me</sup> Dang et l'a refusée.

[3] M<sup>me</sup> Dang en a appelé de cette décision devant la section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la section d'appel). La section d'appel a accueilli l'appel parce qu'elle a conclu que le refus de l'agent des visas n'était pas conforme au droit et parce qu'elle a décidé que l'octroi d'une mesure spéciale était justifié [[1999] I.A.D.D. n° 837 (QL)].

[4] Le ministre sollicite une ordonnance, en vertu de l'article 82.1 [édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 19; L.C. 1992, ch. 49, art. 73] de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, dans sa forme modifiée (la Loi), infirmant cette décision et renvoyant l'affaire pour qu'elle soit réexaminée par une formation de la section d'appel différente, conformément aux motifs du jugement et aux directives de la Cour.

[5] La demande présentée par le ministre soulève une question importante au sujet de la compétence que possède la section d'appel à l'égard des raisons d'ordre humanitaire qui peuvent être invoquées en vertu de l'alinéa 77(3)b) [mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 33; L.C. 1999, ch. 31, art. 134] de la Loi.

LES FAITS

[6] Le 29 septembre 1997, la défenderesse Thi Kim Ahn (Anh) Dang ainsi que son mari ont demandé à parrainer le père, la belle-mère et le frère de M<sup>me</sup>

immigration to Canada as members of the family class.

[7] Pursuant to paragraph 5(2)(f) [as am. by SOR/97-145, s. 3] and Schedule IV [as am. *idem*, s. 6] of the *Immigration Regulations, 1978*, SOR/78-172, as amended (Regulations), Ms. Dang and her husband, as sponsors, were obliged to show that they met the Low Income Cut-off (LICO) requirement and had a combined income of at least \$34,168 during the 12 months prior to the date of the giving of their sponsorship undertaking.

[8] The visa officer found that the sponsors' combined income for the relevant period, from September 29, 1996 to September 29, 1997, was only \$32,651.85. This was a shortfall of approximately \$1,500.

[9] The visa officer therefore refused the sponsored application for landing on the ground that the sponsors failed to meet the LICO requirement.

[10] Ms. Dang then filed a notice of appeal with the Appeal Division. Two issues were considered by the Appeal Division on the appeal. First, whether the visa officer correctly calculated the income of the sponsors. Second, whether there were sufficient compassionate or humanitarian considerations to warrant the granting of special relief.

[11] At the outset of the hearing before the Appeal Division, Ms. Dang acknowledged that the visa officer was correct in determining that she and her husband did not meet the LICO figure for the applicable period.

[12] The Appeal Division allowed the appeal both on legal and equitable grounds. In allowing the appeal on legal grounds, the Appeal Division concluded that the visa officer's calculation of income was not supported by the documentation in evidence and hence was not valid in law. On the equitable ground, the Appeal Division found sufficient compassionate and humanitarian grounds to warrant the granting of special relief.

Dang pour qu'ils immigrerent au Canada à titre de membres de la catégorie de la famille.

[7] Conformément à l'alinéa 5(2)f) [mod. par DORS/97-145, art. 3] et à l'annexe IV [mod., *idem*, art. 6] du *Règlement sur l'immigration de 1978*, DORS/78-172, dans sa forme modifiée (le Règlement), M<sup>me</sup> Dang et son mari, à titre de répondants, étaient obligés de démontrer qu'ils satisfaisaient à l'exigence relative aux seuils de faible revenu (SFR) et que leur revenu global s'élevait à au moins 34 168 \$ pour les 12 mois précédant la date de l'engagement relatif au parrainage.

[8] L'agent des visas a conclu que le revenu global des répondants pour la période pertinente, soit du 29 septembre 1996 au 29 septembre 1997, n'était que de 32 651,85 \$, de sorte qu'il manquait environ 1 500 \$.

[9] L'agent des visas a donc refusé la demande parrainée d'établissement pour le motif que les répondants ne satisfaisaient pas à l'exigence relative aux SFR.

[10] M<sup>me</sup> Dang a ensuite déposé un avis d'appel devant la section d'appel, qui a examiné deux questions, à savoir en premier lieu, si l'agent des visas avait correctement calculé le revenu des répondants et en second lieu, s'il existait des raisons d'ordre humanitaire suffisantes pour justifier l'octroi d'une mesure spéciale.

[11] Au début de l'audience qui a eu lieu devant la section d'appel, M<sup>me</sup> Dang a reconnu que l'agent des visas avait eu raison de conclure que son mari et elle ne satisfaisaient pas à l'exigence relative aux SFR pour la période pertinente.

[12] La section d'appel a accueilli l'appel pour des motifs d'ordre juridique et pour des motifs fondés en *equity*. En accueillant l'appel pour des motifs d'ordre juridique, la section d'appel a conclu que le calcul du revenu effectué par l'agent des visas n'était pas étayé par la documentation soumise en preuve et qu'il n'était donc pas valide en droit. En ce qui concerne le motif fondé en *equity*, la section d'appel a conclu qu'il

### STATUTORY FRAMEWORK

[13] Paragraph 5(2)(f) of the Regulations sets out the financial requirement for sponsors as follows:

5. (1) . . .

(2) Subject to subsections (6) and (7) and section 5.1, a person who is a Canadian citizen or permanent resident and who meets the following requirements is authorized to sponsor the application for landing of any member of the family class:

. . .

(f) subject to subsection (5) and except where the member of the family class to be sponsored is a member referred to in subsection 6(3), for the 12-month period preceding the date of giving the undertaking, the person's gross Canadian income less all payments made or due on account of financial obligations is equal to or greater than the applicable amount of the Low Income Cut-off (LICO) referred to in Schedule IV, which amount shall be determined in accordance with subsection (3).

[14] Pursuant to paragraph 77(1)(a) of the Act, a visa or immigration officer may refuse a sponsored application for landing made by a member of the family class where the sponsor does not meet the requirements of the Regulations respecting persons who sponsor applications for landing.

[15] In that event, subsection 77(3) of the Act provides:

77. (1) . . .

(3) Subject to subsections (3.01) and (3.1), a Canadian citizen or permanent resident who has sponsored an application for landing that is refused pursuant to subsection (1) may appeal to the Appeal Division on either or both of the following grounds:

(a) on any ground of appeal that involves a question of law or fact, or mixed law and fact; and

(b) on the ground that there exist compassionate or humanitarian considerations that warrant the granting of special relief.

existait des raisons d'ordre humanitaire suffisantes pour justifier l'octroi d'une mesure spéciale.

### LE CONTEXTE LÉGAL ET RÉGLEMENTAIRE

[13] L'alinéa 5(2)f) du Règlement énonce comme suit l'exigence financière qui s'applique aux répondants:

5. (1) [. . .]

(2) Sous réserve des paragraphes (6) et (7) et de l'article 5.1, est autorisé à parrainer la demande d'établissement d'un parent tout citoyen canadien ou résident permanent qui satisfait aux exigences suivantes:

[. . .]

f) sous réserve du paragraphe (5) et sauf dans le cas du parrainage d'un parent visé au paragraphe 6(3), pour les 12 mois précédant la date de son engagement, son revenu brut canadien diminué des paiements faits ou exigibles au titre d'obligations financières est au moins égal au montant applicable de la grille des seuils de faible revenu (SFR) visée à l'annexe IV, lequel montant est déterminé conformément au paragraphe (3).

[14] Conformément à l'alinéa 77(1)a) de la Loi, un agent des visas ou un agent d'immigration peut refuser une demande parrainée d'établissement présentée par un membre de la catégorie de la famille lorsque le répondant ne satisfait pas aux exigences du Règlement concernant les personnes qui parrainent des demandes d'établissement.

[15] En pareil cas, le paragraphe 77(3) de la Loi prévoit ce qui suit:

77. (1) [. . .]

(3) S'il est citoyen canadien ou résident permanent, le répondant peut, sous réserve des paragraphes (3.01) et (3.1), en appeler devant la section d'appel en invoquant les moyens suivants:

a) question de droit, de fait ou mixte;

b) raisons d'ordre humanitaire justifiant l'octroi d'une mesure spéciale.

## THE ISSUES

[16] The Minister raised two issues on this application for judicial review and asserted that:

(i) The Appeal Division breached the rules of natural justice by failing to advise the parties of its concerns regarding the legal validity of the visa officer's decision;

(ii) The Appeal Division erred in law by overstepping and misinterpreting its compassionate and humanitarian jurisdiction as set out in paragraph 77(3)(b) of the Act.

## ANALYSIS

(i) Did the Appeal Division err in finding that the visa officer's calculation of income was not supported by the documentation in evidence?

[17] In advancing this issue, the Minister submitted that the rules of natural justice were breached by the Appeal Division when it reviewed the legal validity of the visa officer's decision after indicating to the parties that the appeal would proceed on the sole ground of the existence of compassionate or humanitarian grounds sufficient to warrant special relief.

[18] On Ms. Dang's behalf, it was submitted by her counsel that there was no statement by the Appeal Division that the issue of the visa officer's determination of the sponsors' financial eligibility was no longer at issue. It was said that this Court has held on a number of occasions that for an issue to be removed from consideration, there must be a clear representation that the issue is no longer alive and the onus is on the party seeking to benefit from such representation to ensure that there was in fact a clear representation.

[19] Ms. Dang also submitted that unless there is a clear breach of natural justice, statements made by a tribunal are not binding until the tribunal renders its final decision. Reliance was placed upon the decision of this Court in *Canada (Minister of Citizenship and*

## LES QUESTIONS LITIGIEUSES

[16] Le ministre a soulevé deux questions au sujet de la présente demande de contrôle judiciaire; il a affirmé ce qui suit:

(i) La section d'appel a violé les règles de justice naturelle en omettant d'informer les parties de ses réserves au sujet de la validité de la décision de l'agent des visas sur le plan juridique;

(ii) La section d'appel a commis une erreur de droit en excédant et en interprétant d'une façon erronée sa compétence à l'égard des raisons d'ordre humanitaire qui peuvent être invoquées en vertu de l'alinéa 77(3)b) de la Loi.

## ANALYSE

(i) La section d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant que le calcul du revenu effectué par l'agent des visas n'était pas étayé par la documentation soumise en preuve?

[17] En soulevant cette question, le ministre a déclaré que la section d'appel avait violé les règles de justice naturelle en examinant la validité juridique de la décision de l'agent des visas après avoir informé les parties que l'appel serait entendu uniquement sur la base de la question de savoir s'il existait des raisons d'ordre humanitaire suffisantes justifiant l'octroi d'une mesure spéciale.

[18] L'avocat de M<sup>me</sup> Dang a soutenu que la section d'appel n'avait pas déclaré que la décision que l'agent des visas avait prise au sujet de l'admissibilité financière des répondants n'était plus en litige. Il a été soutenu que la Cour avait statué à plusieurs reprises que, pour qu'une question soit écartée d'un examen, il doit être clairement déclaré qu'elle ne se pose plus, et qu'il incombe à la partie qui cherche à bénéficier d'une telle déclaration de s'assurer qu'elle a réellement été faite.

[19] M<sup>me</sup> Dang a également soutenu qu'à moins que les règles de justice naturelle n'aient clairement été violées, les déclarations d'un tribunal ne le lient pas tant que celui-ci n'a pas rendu une décision finale. Elle se fonde sur la décision rendue par la Cour dans

*Immigration v. Singh (Amarjit)* (1996), 121 F.T.R. 196 (F.C.T.D.).

[20] It is necessary to review the transcript of the proceeding before the Appeal Division in order to properly consider these submissions. The relevant extract is found at the commencement of the hearing and is as follows:

[Panel Member]

MACADAM . . . [t]he first thing I am going to ask you is why you feel your appeal should be allowed.

And then, once I do that, then I am going to ask you some more questions.

. . .

MACADAM Okay. So, Madam, do you understand why the application was refused?

APPELLANT Because not enough income, fifteen hundred.

MACADAM Yes, that's right, and you confirmed that in your letter of January 25<sup>th</sup>, 1999.

I am going to enter that as an exhibit and I am going to call that Exhibit A-3.

—EXHIBIT A-3: Letter of January 25, 1999.

MACADAM Okay, so my first question to you, Madam, was going to be whether you disagree with the assessment of the Visa Post that indeed you did not make enough money to meet the standard?

APPELLANT I understand that, but—because that is insufficient amount, it is very minimal that can be—that can be—how do you say that—just overlooked for that . . .

MACADAM Okay, I understand that, Madam; all I want to know is whether you agree with the figures of the Visa Post.

APPELLANT What do you mean?

MACADAM Well, your letter, what we are calling A-3. . .

APPELLANT I understand that, that income at that time was not sufficient.

MACADAM Okay, that was my question.

All right, now you have two grounds of appeal today. You've just answered the first one; that ground would have been whether you disagreed with the calculations of the Visa Post. All right?

*l'affaire Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Singh (Amarjit)* (1996), 121 F.T.R. 196 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

[20] Je dois examiner la transcription de l'audience qui a eu lieu devant la section d'appel afin de soulever ces arguments d'une façon appropriée. Le passage pertinent figure au début de la transcription de l'audience et est ci-après reproduit:

[TRADUCTION]

[Membre de la formation]

MACADAM [. . .] [j]e vais d'abord vous demander pourquoi vous croyez que l'appel devrait être accueilli.

Et je vous poserai ensuite d'autres questions.

[. . .]

MACADAM D'accord. Alors, Madame, comprenez-vous pourquoi la demande a été refusée?

L'APPELANTE Parce que le revenu n'était pas assez élevé, il manquait mille cinq cents dollars.

MACADAM Oui, c'est exact, et vous l'avez confirmé dans votre lettre du 25 janvier 1999.

Je vais produire cette lettre à titre de pièce, sous la cote A-3.

—PIÈCE A-3: Lettre du 25 janvier 1999.

MACADAM Bien! j'allais donc d'abord vous demander, Madame, si vous contestiez l'appréciation de l'agent des visas, selon laquelle vous n'aviez de fait pas suffisamment d'argent pour satisfaire à la norme.

L'APPELANTE Je le comprends, mais — parce que le montant est insuffisant, il s'agit d'un montant fort minime qui peut—qui peut—comment dire—il aurait été possible de ne pas en tenir compte [. . .]

MACADAM D'accord, je comprends, Madame; je veux simplement savoir si vous souscrivez aux chiffres de l'agent des visas.

L'APPELANTE Que voulez-vous dire?

MACADAM Bien! votre lettre, ce que nous appelons la pièce A-3 [. . .]

L'APPELANTE Je comprends, le revenu n'était pas suffisant à ce moment-là.

MACADAM Bon! telle était ma question.

Très bien! Deux moyens d'appel peuvent être invoqués aujourd'hui. Vous venez de répondre au premier: il s'agissait de savoir si vous contestiez les calculs de l'agent des visas, n'est-ce pas?



And on that basis you would have argued that the Visa Post was wrong, was legally wrong in refusing the application.

But what I understand you to be saying today is that you concede that they weren't legally wrong, because you concede that you didn't have the required amount of money.

But your second ground of appeal, which you may make, is that even if you didn't have enough money when you applied in 1997, there may be humanitarian and compassionate reasons today, such that I should overlook the shortfall and still allow your application.

APPELLANT Thank you.

MACADAM Okay, so you understand those two grounds?

APPELLANT Yes.

MACADAM Okay. One thing I need to point out, Madam, is that even if you now make enough money to meet the standard, that does not mean that the refusal is now incorrect in law.

The fact that you and your husband make now—currently make enough money only goes to perhaps the humanitarian and compassionate reasons why the appeal should be granted. Understand?

APPELLANT Yes.

MACADAM Okay, so what I mean by that is that it's not enough simply that you now make enough money. But I will consider that, among other humanitarian or compassionate factors. Understand?

APPELLANT Please consider.

MACADAM Okay, I understand that.

Ms. Heyes, anything to add at this point?

COUNSEL No. Thank you.

MACADAM Okay. So, I am going to ask you some questions now; we understand what your income was and what it now is, okay, and Ms. Heyes might ask you some more questions about that income.

But I am going to ask you now questions about other humanitarian or compassionate issues. Okay? [Underlining added.]

[21] After this initial exchange, I can find in the transcript no evidence which bears on the issue of the determination of the sponsors' income in the 12-month period prior to the giving of the undertaking. The panel of the Appeal Division did ask some questions

Et sur cette base vous auriez soutenu que l'agent des visas s'était trompé, qu'il avait commis une erreur de droit en refusant la demande.

Mais si je comprends bien ce que vous dites aujourd'hui, vous concédez qu'il n'a pas commis d'erreur de droit, parce que vous concédez que vous n'aviez pas le montant nécessaire.

Cependant, selon le second moyen d'appel que vous pouvez invoquer, même si vous n'aviez pas suffisamment d'argent lorsque vous avez présenté la demande en 1997, il peut maintenant y avoir des raisons d'ordre humanitaire, de sorte que je ne devrais pas tenir compte du montant manquant et que je devrais accueillir néanmoins votre demande.

L'APPELANTE Merci.

MACADAM Bien. Vous comprenez donc ces deux moyens?

L'APPELANTE Oui.

MACADAM D'accord. Il y a une chose que je dois souligner, Madame; même si vous gagnez maintenant suffisamment d'argent pour satisfaire à la norme, cela ne veut pas dire que le refus est maintenant injustifié en droit.

Le fait que votre mari et vous gagnez maintenant—à l'heure actuelle, vous gagnez suffisamment d'argent, se rapporte uniquement aux raisons d'ordre humanitaire justifiant l'octroi de l'appel. Comprenez-vous?

L'APPELANTE Oui.

MACADAM Bien. Ce que je veux dire, c'est qu'il ne suffit pas de dire simplement que vous gagnez maintenant suffisamment d'argent. Cependant, j'en tiendrai compte, parmi les facteurs d'ordre humanitaire. Comprenez-vous?

L'APPELANTE Veuillez en tenir compte.

MACADAM Bon, je comprends.

M<sup>me</sup> Heyes, avez-vous quelque chose à ajouter?

L'AVOCATE Non. Merci.

MACADAM D'accord. Je vais donc maintenant vous poser des questions; nous croyons savoir ce qu'était votre revenu et ce qu'il est maintenant, et M<sup>me</sup> Heyes pourra peut-être vous poser certaines questions au sujet de ce revenu.

Cependant, je vais maintenant vous poser des questions au sujet d'autres raisons d'ordre humanitaire. D'accord? [Non souligné dans l'original.]

[21] Après ces propos initiaux, je ne puis trouver dans la transcription aucun élément de preuve qui porte sur la question de la détermination du revenu des répondants pour les 12 mois précédant la date de l'engagement. La formation de la section d'appel a de

about the sponsors' then current means.

[22] Nowhere in the reasons of the Appeal Division, which explain the panel's conclusion that the visa officer erred in the income calculation, is there any consideration of the effect of the exchange between the panel and Ms. Dang set out above. Indeed, later in its reasons, at paragraph 14, the Appeal Division erroneously referred to "the appellant's evidence that their joint income met LICO for the 12 month period prior to the Undertaking".

[23] Central to the Minister's argument on this issue is the effect to be given to the exchange between the panel member and Ms. Dang.

[24] In considering the effect, I begin by noting that in the notice of appeal filed by Ms. Dang to commence the proceeding, she did not set out the basis of her appeal.

[25] Given the wording of section 77 of the Act, it was therefore necessary for the panel member at the outset of the hearing to inquire, as he did, into the basis on which Ms. Dang brought her appeal.

[26] The effect of Ms. Dang's response was, in my view, to acknowledge that she was not challenging the visa officer's determination that she and her husband did not meet the LICO requirement. Hence Ms. Dang's statement, quoted above, that she understood the assessment of the visa officer but that the \$1,500 shortfall was "very minimal" and could be "just overlooked".

[27] This interpretation is consistent with Ms. Dang's letter of June 30, 1998 to the Immigration and Refugee Board, which apparently was sent with the notice of appeal of that same date. In that letter, Ms. Dang spoke only of her current household income and raised no complaint in respect of the visa officer's determination that she and her husband did not meet the LICO requirement.

fait posé certaines questions au sujet des revenus courants des répondants.

[22] Dans ses motifs, la formation de la section d'appel, qui explique sa conclusion selon laquelle l'agent des visas a commis une erreur dans le calcul du revenu, n'examine aucunement l'effet des propos ci-dessus relatés qui ont été tenus entre elle et M<sup>m</sup>c Dang. En fait, plus loin, au paragraphe 14 de ses motifs, la section d'appel a erronément mentionné [TRADUCTION] «la preuve de l'appelante selon laquelle leur revenu commun satisfait à l'exigence relative aux SFR pour les 12 mois précédant la date de l'engagement».

[23] L'effet à donner à l'échange de propos entre le membre de la formation et M<sup>m</sup>c Dang est essentiel à l'argument invoqué par le ministre sur ce point.

[24] En ce qui concerne cet effet, je ferai d'abord remarquer que dans l'avis d'appel qu'elle a déposé au début de l'instance, M<sup>m</sup>c Dang n'a pas énoncé ce sur quoi son appel était fondé.

[25] Étant donné le libellé de l'article 77 de la Loi, le membre de la formation devait donc chercher à savoir, comme il l'a fait, au début de l'audience, ce sur quoi M<sup>m</sup>c Dang fondait son appel.

[26] À mon avis, l'effet était qu'en répondant ainsi, M<sup>m</sup>c Dang reconnaissait qu'elle ne contestait pas la décision de l'agent des visas selon laquelle son mari et elle ne satisfaisaient pas à l'exigence relative aux SFR. D'où la déclaration précitée, à savoir que M<sup>m</sup>c Dang comprenait l'appréciation effectuée par l'agent des visas, mais que la somme manquante de 1 500 \$ était [TRADUCTION] «fort minime» et qu'il était possible de [TRADUCTION] «ne pas en tenir compte».

[27] Cette interprétation est conforme à la lettre que M<sup>m</sup>c Dang a envoyée le 30 juin 1998 à la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, à laquelle était apparemment joint l'avis d'appel, qui était daté du même jour. Dans cette lettre, M<sup>m</sup>c Dang parlait uniquement du revenu courant du ménage et ne se plaignait pas de la décision de l'agent des visas selon laquelle son mari et elle ne satisfaisaient pas à l'exigence relative aux SFR.

[28] It follows, in my view, that once the appellant [respondent herein] informed the Appeal Division that she was not putting into issue the correctness of the visa officer's decision that the sponsors did not meet the LICO requirement, the panel was under an obligation to clearly advise the respondent [applicant herein] of the panel's decision to inquire into the adequacy of the visa officer's decision.

[29] This obligation flows from what is a fundamental element of the duty of fairness at common law. A participant at a hearing must have sufficient knowledge of what is at issue to afford her the opportunity to participate in the hearing in a meaningful way.

[30] As to the effect of the panel's failure to advise that the propriety of the visa officer's calculation was at issue, the Minister's representative at the hearing before the Appeal Division swore in an affidavit filed in support of the application for judicial review that:

8. Since the appeal proceeded on equity alone, I did not address the issue of the calculations of the Officer and was not given an opportunity to respond to the panel's concerns in this regard.

[31] Therefore, I find that the portion of the decision of the Appeal Division which would have allowed the appeal from the visa officer's refusal on the ground that it was not in accordance with the law, is invalid because of the panel's breach of the duty of fairness. That duty was breached when the panel reached its conclusion without affording to the Minister a proper opportunity to respond to the concerns that the panel itself chose to raise.

[32] In so concluding, I find that this was not a case where, as submitted on Ms. Dang's behalf, an issue was "no longer in play". This was a case where the panel itself put an issue "in play" that the appellant had not raised before it. I take no assistance from the *Singh, supra*, decision relied upon by Ms. Dang.

[28] Par conséquent, à mon avis, une fois que l'appelante [défenderesse] eut informé la section d'appel qu'elle ne remettait pas en question le bien-fondé de la décision de l'agent des visas, à savoir que les répondants ne satisfaisaient pas à l'exigence relative aux SFR, la formation était tenue d'informer clairement l'intimé [demandeur] qu'elle avait décidé d'examiner la décision de l'agent des visas.

[29] Cette obligation découle d'un élément fondamental de l'obligation d'équité existant en common law. Une personne qui participe à une audience doit avoir une connaissance suffisante de ce qui est en litige de façon à avoir réellement la possibilité de participer à l'audience.

[30] Quant à l'effet de l'omission de la formation de faire savoir que le bien-fondé du calcul effectué par l'agent des visas était en litige, le représentant du ministre à l'audience qui a eu lieu devant la section d'appel a déclaré ce qui suit dans un affidavit qui a été déposé à l'appui de la demande de contrôle judiciaire:

[TRADUCTION]

8. Étant donné que l'appel a uniquement été entendu à l'égard du moyen fondé sur l'*equity*, je n'ai pas examiné la question des calculs effectués par l'agent et je n'ai pas eu la possibilité de répondre aux réserves exprimées par la formation à cet égard.

[31] Je conclus donc, en me fondant sur le fait que la formation a violé l'obligation d'équité, à l'invalidité de la partie de la décision par laquelle la section d'appel a accueilli l'appel interjeté contre le refus de l'agent des visas pour le motif qu'il n'était pas conforme au droit. Cette obligation a été violée lorsque la formation a tiré sa conclusion sans donner au ministre une chance raisonnable de répondre aux réserves qu'elle avait elle-même décidé d'exprimer.

[32] En outre, je conclus qu'il ne s'agissait pas ici, comme on l'a soutenu pour le compte de M<sup>me</sup> Dang, d'un cas dans lequel une question litigieuse [TRADUCTION] «n'était plus en jeu». Il s'agissait d'un cas dans lequel la formation elle-même mettait «en jeu» une question que l'appelante n'avait pas soulevée devant elle. À cet égard, la décision *Singh*, précitée, que M<sup>me</sup> Dang a invoquée, n'est d'aucune aide.

[33] Ordinarily, the denial of the right to a fair hearing must render a decision invalid (see: *Cardinal et al. v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643). Ms. Dang argued, however, that it has been held that where a breach of natural justice cannot affect the ultimate decision, the Court ought not to intervene. Reliance for this proposition was placed upon the decision of the Federal Court of Appeal in *Yassine v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1994), 27 Imm. L.R. (2d) 135 (F.C.A.).

[34] In the case before me, the Appeal Division went on to allow Ms. Dang's appeal on the second ground, that pursuant to paragraph 77(3)(b) of the Act there existed compassionate and humanitarian considerations that warranted the granting of special relief.

[35] It is therefore necessary to determine whether this finding was tainted in any way by the Appeal Division's breach of the duty of fairness, and, if not, to consider whether the decision of the Appeal Division can be sustained on that ground.

(ii) Did the breach of fairness taint the finding of the Appeal Division made pursuant to paragraph 77(3)(b) of the Act?

[36] The Appeal Division reviewed, at paragraphs 10-13 of its reasons, the evidence it considered relevant under paragraph 77(3)(b) of the Act. The Appeal Division wrote as follows:

The appellant's evidence concerning compassionate or humanitarian considerations is as follows. The appellant has adduced evidence from Revenue Canada confirming that their combined income for 1997 was about \$38,600. This is over \$4,000 above the applicable LICO figure of \$34,168 for that time in an Area B region (Whitby, population less than 500,000). The same source also confirms their combined income for 1998 at \$42,156.92. This is over \$7,000 greater than the applicable LICO figure of \$34,720 for 1998. The husband has been employed at the same workplace for almost ten years; the appellant for almost three years.

This evidence indicates that the appellant and her husband have overcome the obstacle to admissibility for more than two years and that they are likely to continue to do so. For

[33] Habituellement, la dénégalation du droit à une audience équitable doit avoir pour effet de rendre une décision invalide (voir: *Cardinal et autre c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643). Toutefois, selon M<sup>me</sup> Dang, il a été statué que la Cour ne devrait pas intervenir lorsque la violation des règles de justice naturelle ne peut pas influencer sur la décision finale. À l'appui de cette thèse, on a invoqué la décision que la Cour d'appel fédérale a rendue dans l'affaire *Yassine c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1994), 27 Imm. L.R. (2d) 135 (C.A.F.).

[34] En l'espèce, la section d'appel a accueilli l'appel interjeté par M<sup>me</sup> Dang en se fondant sur le second moyen, à savoir que conformément à l'alinéa 77(3)b) de la Loi, il existait des raisons d'ordre humanitaire justifiant l'octroi d'une mesure spéciale.

[35] Il faut donc déterminer si cette conclusion est de quelque façon viciée du fait que la section d'appel a violé son obligation d'équité et, dans la négative, se demander si la décision de la section d'appel peut être maintenue en ce qui concerne ce moyen.

(ii) La violation des règles de l'équité a-t-elle eu pour effet de vicier la conclusion que la section d'appel a tirée aux termes de l'alinéa 77(3)b) de la Loi?

[36] Aux paragraphes 10 à 13 de ses motifs, la section d'appel a examiné la preuve qu'elle jugeait pertinente pour l'application de l'alinéa 77(3)b) de la Loi. Elle a dit:

[TRADUCTION] L'appelante a présenté la preuve ci-après énoncée au sujet des raisons d'ordre humanitaire. Elle a produit un document de Revenu Canada confirmant qu'en 1997, leur revenu global s'élevait à environ 38 600 \$. Ce revenu dépasse de 4 000 \$ le revenu pertinent aux fins des SFR, lequel était de 34 168 \$, pour cette période dans une région de la catégorie B (Whitby, population de moins de 500 000 habitants). La même source confirme également qu'en 1998, leur revenu global était de 42 156,92 \$. Ce montant dépasse de 7 000 \$ le montant prévu à l'égard du SFR de 34 720 \$ applicable à l'année 1998. Le mari travaille pour le même employeur depuis près de dix ans et l'appelante depuis près de trois ans.

Cette preuve montre que l'appelante et son mari dépassent le seuil d'admissibilité depuis plus de deux ans et qu'ils continueront probablement à le dépasser. Cela étant, je suis

this reason I am persuaded to follow my colleagues [*sic*] reasoning in Jugpall and apply a lower threshold for compassionate or humanitarian considerations than the test set out in Chirwa.

The appellant wishes to sponsor the applicants—her father, stepmother and brother—to Canada because she loves them and wants them to be close to herself and her family. The applicants are her only immediate family apart from her mother whom she is estranged from. The appellant's husband co-sponsored the application because he is in favour of his in-laws living with him. All but three of his nine siblings live in the United States and they are in the process of sponsoring his parents to emigrate to that country. The appellants live in a three-bedroom town house. Their plan is to give the appellant's parents a bedroom and to have their son and the applicant/brother share the third bedroom. This indicates that the appellant's housing costs will not rise if the applicants are allowed to come. It also indicates close family ties between the appellant and the applicants.

The applicant/brother is currently studying economics at university. He will have to find work on his arrival in Canada and save money if he wishes to continue his studies. The applicant parents are currently self-supporting in Vietnam. The father and stepmother are both retired teachers who receive a pension. They also run a small private school to tutor students preparing for exams. They will bring about US \$30,000 with them to Canada from the sale of lands they have in Vietnam. The appellants are considering a longer-term plan of moving to the Barrie area and setting up a fast food outlet for the parents to run. [Footnote omitted.]

[37] Paragraph 5(2)(f) of the Regulations makes relevant the financial circumstances of a sponsor in the 12-month period preceding the filing of the undertaking. Any subsequent change in the sponsor's financial circumstance is irrelevant to the determination under paragraph 77(1)(a) of the Act of whether the sponsor meets the requirements of the Regulations. That change in circumstance may, however, be relevant to the determination under paragraph 77(3)(b) of the Act.

[38] In the case before me, as noted, the relevant period for the purpose of paragraph 5(2)(f) of the Regulations was September 29, 1996 to September 29, 1997.

porté à suivre le raisonnement que mes collègues ont fait dans la décision Jugpall et à appliquer, à l'égard des raisons d'ordre humanitaire, une exigence préliminaire moins rigoureuse que celle qui s'applique selon le critère énoncé dans la décision Chirwa.

L'appelante veut parrainer les requérants—son père, sa belle-mère et son frère—au Canada parce qu'elle les aime et parce qu'elle veut qu'ils soient à ses côtés et aux côtés de sa famille. Les requérants sont les seuls membres de sa famille immédiate à part sa mère, avec qui elle est brouillée. Le mari de l'appelante a également parrainé la demande parce qu'il veut que sa belle-famille habite avec lui. Les neuf frères et sœurs du mari, sauf trois d'entre eux, vivent aux États-Unis; ils ont présenté une demande de parrainage qui est en instance pour que leurs parents émigrent dans ce pays. Les appelants habitent dans une maison en rangée de trois chambres à coucher. Ils prévoient céder une chambre à coucher aux parents de l'appelante, leur fils et le frère requérant devant partager la troisième chambre à coucher. Les frais d'habitation de l'appelante n'augmenteront donc pas si on laisse les requérants venir au Canada. Cela montre en outre que l'appelante et les requérants ont entre eux des liens étroits.

À l'heure actuelle, le frère requérant étudie l'économie à l'université. Il devra trouver un travail à son arrivée au Canada et épargner de l'argent s'il veut poursuivre ses études. À l'heure actuelle, les parents requérants subviennent à leurs propres besoins au Vietnam. Le père et la belle-mère sont tous les deux des enseignants à la retraite qui touchent une pension. Ils dirigent également une petite école privée qui aide les élèves à se préparer aux examens. Ils apporteront au Canada une somme d'environ 30 000 \$US, tirée de la vente de biens-fonds qu'ils possèdent au Vietnam. Les appelants prévoient également, à long terme, s'installer dans la région de Barrie et ouvrir un restaurant-minute que leurs parents gèreraient. [Renvoi omis.]

[37] Selon l'alinéa 5(2)f) du Règlement, il faut prendre en compte la situation financière d'un répondant pour les 12 mois précédant la date de l'engagement. Les changements qui surviennent par la suite dans la situation financière du répondant n'ont rien à voir avec la décision prise, en vertu de l'alinéa 77(1)a) de la Loi, quant à la question de savoir si celui-ci satisfait aux exigences du Règlement. Toutefois, ces changements peuvent entrer en ligne de compte dans la décision fondée sur l'alinéa 77(3)b) de la Loi.

[38] Comme je l'ai dit déjà, la période pertinente en l'espèce pour l'application de l'alinéa 5(2)f) du Règlement allait du 29 septembre 1996 au 29 septembre 1997.

[39] The only evidence mentioned by the Appeal Division in its consideration under paragraph 77(3)(b) of the Act which touched on this period was its reference to the sponsors' 1997 calendar year income.

[40] At the hearing of the appeal, counsel for the Minister made no complaint with respect to the Appeal Division's consideration of the sponsors' income subsequent to the relevant period. The Minister's representative took no serious issue with the proposition that Ms. Dang and her husband might well have met the LICO requirement then.

[41] The Minister's representative proceeded to argue that portion of the appeal on the discrete basis that:

Both the appellant and her husband have been able to return to Vietnam to visit their families, there simply isn't anything exceptional or out of the ordinary in the circumstances of this case, except the appellant wants her family here in Canada.

So there aren't sufficient humanitarian or compassionate considerations that would overcome what is a valid refusal and I'd ask that the appeal be dismissed.

[42] I therefore find that the failure of the Appeal Division to advise the Minister's representative that the sponsors' income for the period from September 1996 to September 1997 would be in issue, did not impact or touch upon the Minister's ability to fully participate in the appeal as it related to the Appeal Division's equitable jurisdiction under paragraph 77(3)(b) of the Act.

[43] I also find from the Appeal Division's review of the evidence and the panel's reliance on the decision of *Jugpall v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)* (1999), 2 Imm. L.R. (3d) 222 (I.R.B.), discussed below, that the Appeal Division's conclusion as to the sponsors' income for the period from September 1996 to September 1997 did not impact on the panel's consideration under paragraph 77(3)(b) of the Act so as to taint that part of the decision.

[39] Le seul élément de preuve que la section d'appel a mentionné au sujet de cette période, dans l'examen qu'elle a effectué en vertu de l'alinéa 77(3)b) de la Loi, se rapporte au revenu des répondants pour l'année civile 1997.

[40] Lors de l'audition de l'appel, l'avocat du ministre ne s'est pas plaint du fait que la section d'appel tenait compte du revenu gagné par les répondants après la période pertinente. Le représentant du ministre n'a pas sérieusement contesté la thèse selon laquelle M<sup>me</sup> Dang et son mari satisfaisaient peut-être alors à l'exigence relative aux SFR.

[41] Le représentant du ministre a débattu cette partie de l'appel en se fondant sur le moyen distinct suivant:

[TRADUCTION] L'appelante et son mari ont tous les deux pu retourner au Vietnam pour rendre visite à leurs familles; les circonstances ici en cause ne sont tout simplement pas exceptionnelles ou extraordinaires, si ce n'est que l'appelante veut que sa famille soit ici, au Canada.

Il n'existe donc pas de raisons d'ordre humanitaire qui puissent l'emporter sur ce qui constitue un refus valide et je demanderais le rejet de l'appel.

[42] Je conclus donc que le fait que la section d'appel n'a pas informé le représentant du ministre que la question du revenu des répondants pour la période allant du mois de septembre 1996 au mois de septembre 1997 allait être en cause n'empêchait pas le ministre de participer pleinement à l'aspect de l'appel entendu par la section d'appel en vertu de sa compétence en *equity* conférée par l'alinéa 77(3)b) de la Loi.

[43] Je conclus également, en me fondant sur l'examen de la preuve que la section d'appel a effectué et sur le fait que la formation s'est fondée sur la décision *Jugpall c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1999), 2 Imm. L.R. (3d) 222 (C.I.S.R.), sur laquelle je reviendrai ci-dessous, que la conclusion que la section d'appel a tirée au sujet du revenu des répondants pour la période allant du mois de septembre 1996 au mois de septembre 1997 n'a pas influé sur l'examen effectué par la formation en vertu de l'alinéa 77(3)b) de la Loi de façon à vicier cette partie de la décision.

[44] I have had regard to the fact that at paragraph 14 of its reasons, when dealing with its conclusion as to the existence of compassionate or humanitarian circumstances, the Appeal Division stated:

In view of the appellant's evidence that their joint income met LICO for the 12 month period prior to the Undertaking, and the visa officer's unsupported calculation that they missed the LICO cut-off by about \$1500, and the appellant's evidence that they have exceeded LICO since 1997, I am persuaded that the appellant require [*sic*] a lower degree of compassionate or humanitarian considerations to warrant special relief in this case.

[45] However, as expanded upon below, by invoking a lower degree of compassionate or humanitarian considerations, the Appeal Division placed reliance upon the *Jugpall* decision. *Jugpall* was only relevant in circumstances where the legal test for admissibility, meeting the LICO requirement, had not been met. Thus, notwithstanding the language of the Appeal Division quoted in the immediately preceding paragraph, I remain of the view that the Appeal Division's decision on compassionate and humanitarian grounds is sufficiently separate from its decision made on legal grounds so as to be unaffected by the breach of the duty of fairness.

[46] Therefore, it is necessary for me to consider whether the decision of the Appeal Division can be upheld on the ground that it properly found that the granting of special relief was warranted.

(iii) Did the Appeal Division err in finding there existed compassionate or humanitarian considerations that warranted the granting of special relief?

[47] The Appeal Division commenced its review of compassionate or humanitarian considerations by referring to the prior decision of the Appeal Division in *Jugpall*.

[48] The Appeal Division stated at paragraph 9 of its reasons:

Turning to the compassionate or humanitarian considerations in this case, I find useful the reasoning set out by my colleagues in Jugpall. The panel reasoned that the legislative

[44] J'ai tenu compte du fait qu'au paragraphe 14 de ses motifs, lorsqu'elle parlait de la conclusion qu'elle avait tirée au sujet de l'existence de raisons d'ordre humanitaire, la section d'appel a dit ce qui suit:

[TRADUCTION] Compte tenu de la preuve de l'appelante selon laquelle leur revenu commun satisfait à l'exigence relative aux SFR pour les 12 mois précédant la date de l'engagement et compte tenu du fait que le calcul effectué par l'agent des visas, selon lequel il leur manquait environ 1 500 \$ pour atteindre le SFR, n'était pas corroboré ainsi que de la preuve de l'appelante selon laquelle ils dépassent le SFR depuis 1997, je suis convaincu que les raisons d'ordre humanitaire justifiant l'octroi d'une mesure spéciale en l'espèce doivent être moins rigoureuses.

[45] Toutefois, comme il en sera ci-dessous fait mention, en disant que les raisons d'ordre humanitaire devaient être moins rigoureuses, la section d'appel s'est fondée sur la décision *Jugpall*. Or, cette décision n'est pertinente que dans les cas où la condition juridique d'admissibilité, soit l'exigence relative aux SFR, n'a pas été remplie. Malgré les remarques de la section d'appel qui sont reproduites au paragraphe précédent, je suis donc néanmoins encore d'avis que la décision que la section d'appel a rendue au motif de l'existence de raisons d'ordre humanitaire est suffisamment distincte de la décision qu'elle a rendue pour des motifs d'ordre juridique pour ne pas être viciée par suite de la violation de l'obligation d'équité.

[46] Je dois donc déterminer si la décision de la section d'appel peut être confirmée pour le motif que la section d'appel a à juste titre conclu que l'octroi d'une mesure spéciale était justifié.

(iii) La section d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant qu'il existait des raisons d'ordre humanitaire justifiant l'octroi d'une mesure spéciale?

[47] La section d'appel a commencé son examen des raisons d'ordre humanitaire en citant la décision qu'elle avait rendue dans l'affaire *Jugpall*.

[48] La section d'appel a déclaré au paragraphe 9 de ses motifs:

[TRADUCTION] En ce qui concerne les raisons d'ordre humanitaire qui s'appliquent en l'espèce, j'estime utile le raisonnement que mes collègues ont fait dans la décision

motive behind the particular income consideration period was to ensure that sponsors are solvent prior to undertaking a sponsorship. In relation to humanitarian or compassionate factors they state the following at page 17: "In the context of cases where Parliament's concerns with admissibility [re. financial] have been met, it may not be necessary to look for overwhelming circumstances in order to grant special relief." They consider the definition of compassionate considerations often relied on by the Appeal Division as set out in Chirwa, "those facts . . . which would excite in a reasonable [person] in a civilized community a desire to relieve the misfortunes of another. . ." They conclude [page 19] "A different and lower threshold for granting special relief is appropriate where current circumstances reveal that the obstacle to admissibility [re. Insolvency] now has been met." Having said that, the panel affirms [page 21] that in cases where the original facts giving rise to inadmissibility remain unchanged or insufficiently changed, then the standard set out in Chirwa must apply. Further, they reason that negative factors weighing against the appellant might mitigate against the granting of special relief even where the obstacle to admissibility has been overcome. [Footnotes omitted.]

[49] After reviewing the evidence as to the sponsors' financial circumstances, the Appeal Division concluded at paragraph 11:

This evidence indicates that the appellant and her husband have overcome the obstacle to admissibility for more than two years and that they are likely to continue to do so. For this reason I am persuaded to follow my colleagues [*sic*] reasoning in Juggall and apply a lower threshold for compassionate or humanitarian considerations than the test set out in Chirwa.

[50] The Minister submitted that by applying a lower threshold for compassionate or humanitarian considerations than in the test set out in Chirwa, Lancelot (1970), 4 I.A.C. 338 (I.A.B.), the Appeal Division erred.

[51] The Minister submitted that in Juggall the Appeal Division abandoned the requirement for humanitarian and compassionate grounds, instead finding that where an applicant has met the financial requirements by the time of the appeal hearing, the applicant need only show that "positive factors" exist.

Juggall. La formation a dit qu'en fixant ainsi une période particulière aux fins de l'examen de la question du revenu, le législateur voulait s'assurer que les répondants étaient solvables avant de s'engager à parrainer un requérant. En ce qui concerne les facteurs d'ordre humanitaire, il est dit ce qui suit à la page 17: «Lorsque les conditions imposées par le législateur à l'égard de l'admissibilité [financière] sont remplies, il n'est peut-être pas nécessaire de se demander s'il existe des circonstances impérieuses justifiant l'octroi d'une mesure spéciale.» Il est tenu compte de la définition des raisons d'ordre humanitaire sur laquelle la section d'appel se fonde souvent, telle qu'elle est énoncée dans la décision Chirwa: «les faits [. . .] qui inciteraient une [personne] raisonnable dans une collectivité civilisée à vouloir remédier aux malheurs des autres [. . .]» Il est conclu ce qui suit [page 19]: «Il convient d'appliquer une exigence préliminaire différente moins rigoureuse aux fins de l'octroi d'une mesure spéciale lorsque les circonstances existantes montrent que le seuil d'admissibilité [en ce qui concerne l'insolvabilité] a été atteint.» La formation affirme ensuite [page 21] que, lorsque les faits initiaux entraînant l'inadmissibilité demeurent les mêmes ou qu'il n'y a pas vraiment eu de changement, la norme énoncée dans la décision Chirwa doit s'appliquer. En outre, la formation dit que des facteurs défavorables à l'appelant pourraient militer contre l'octroi d'une mesure spéciale même si le seuil d'admissibilité était atteint. [Renvois omis.]

[49] Après avoir examiné la preuve relative à la situation financière des répondants, la section d'appel a conclu ce qui suit, au paragraphe 11:

[TRADUCTION] La preuve montre que l'appelante et son mari dépassent le seuil d'admissibilité depuis plus de deux ans et qu'ils continueront probablement à le dépasser. Cela étant, je suis porté à suivre le raisonnement que mes collègues ont fait dans la décision Juggall et à appliquer, à l'égard des raisons d'ordre humanitaire, une exigence préliminaire moins rigoureuse que celle qui s'applique selon le critère énoncé dans la décision Chirwa.

[50] Le ministre a soutenu que la section d'appel avait commis une erreur en appliquant, à l'égard des raisons d'ordre humanitaire, une exigence préliminaire moins rigoureuse que celle qui s'applique selon le critère énoncé dans la décision Chirwa, Lancelot (1970), 4 I.A.C. 338 (C.A.I.).

[51] Le ministre a soutenu que, dans la décision Juggall, la section d'appel avait abandonné l'exigence relative aux raisons d'ordre humanitaire, concluant plutôt que le requérant qui satisfait aux exigences financières au moment où l'appel est entendu a uniquement à démontrer l'existence de [TRADUCTION]



The Minister asserted that there was no legal basis for what she described as a departure from the clear wording of paragraph 77(3)(b) of the Act. Because, she submitted, Parliament had specifically required that special relief is warranted only where there are “compassionate or humanitarian” considerations, the Appeal Division erred in *Jugpall* and in so doing exceeded its jurisdiction.

[52] Turning to the present case, the Minister submitted that while the Appeal Division did not use the language of “positive factors” referenced in *Jugpall*, *supra*, it was apparent from the factors supporting its decision that the panel lowered the threshold to such an extent as to abandon the statutory requirement for compassionate or humanitarian considerations which warrant the granting of special relief.

[53] The Minister also expressed concern that the integrity of the Act would be harmed if applicants could apply prematurely, secure in the knowledge that the Appeal Division would allow any appeal from an adverse ruling so long as the LICO requirement was met at the date of the appeal hearing.

[54] I was told by counsel for the Minister that an application for leave and for judicial review of the *Jugpall* decision was commenced by the Minister, but not proceeded with, in circumstances where the applicants for landing were landed, thus rendering the appeal moot.

[55] In response, on Ms. Dang’s behalf, it was argued that the Federal Court of Appeal in *Canada (Solicitor General) v. Kainth* (1994), 26 Imm. L.R. (2d) 226, held that the Court owes an unusual degree of deference to the Appeal Division in the manner in which it interprets its authority.

[56] Ms. Dang noted that the Minister’s argument was clearly aimed at the *Jugpall* approach, and that the *Jugpall* decision was a considered decision, made

«facteurs favorables». Le ministre a affirmé qu’il n’existe aucun fondement juridique justifiant ce qui a été décrit comme une dérogation au libellé clair de l’alinéa 77(3)b) de la Loi. Il a soutenu que puisque le législateur avait expressément prévu que l’octroi d’une mesure spéciale était uniquement justifié s’il existait des raisons «d’ordre humanitaire», la section d’appel avait commis une erreur dans la décision *Jugpall* et, qu’elle avait donc excédé sa compétence.

[52] Le ministre a soutenu qu’en l’espèce, même si la section d’appel n’avait pas parlé de «facteurs favorables» comme dans la décision *Jugpall*, précitée, il ressortait des facteurs invoqués à l’appui de sa décision que la formation avait abaissé l’exigence préliminaire au point d’abandonner la condition légale suivant laquelle il devait exister des raisons d’ordre humanitaire justifiant l’octroi d’une mesure spéciale.

[53] Le ministre craignait également que l’intégrité de la Loi soit compromise si les requérants pouvaient présenter une demande prématurée, en sachant fort bien que la section d’appel accueillerait tout appel interjeté contre une décision défavorable dans la mesure où l’exigence relative aux SFR était respectée à la date de l’audition de l’appel.

[54] L’avocat du ministre m’a informée que son client avait présenté une demande d’autorisation et de contrôle judiciaire de la décision *Jugpall*, mais qu’il n’y avait pas donné suite étant donné que les personnes qui demandaient le droit d’établissement avaient obtenu ce droit, de sorte que l’appel n’avait plus qu’un intérêt théorique.

[55] En réponse, pour le compte de M<sup>me</sup> Dang, il a été soutenu que dans l’arrêt *Canada (Soliciteur général) c. Kainth* (1994), 26 Imm. L.R. (2d) 226, la Cour d’appel fédérale a statué que la Cour doit faire preuve d’un degré de retenue inhabituel envers la section d’appel au sujet de la façon dont elle interprète son pouvoir.

[56] M<sup>me</sup> Dang a fait remarquer que l’argument du ministre visait clairement l’approche énoncée dans la décision *Jugpall*, et que cette décision avait été rendue

by a three-member panel. The *Jugpall* decision has been adopted by the Appeal Division as being of general guidance and has been referred to with approval over 120 times by the Appeal Division.

[57] Finally, Ms. Dang asserted that the Appeal Division had not abandoned or exceeded its statutory jurisdiction, but clearly understood the parameters of the Act and its own jurisdiction.

[58] The present application neither is, nor can be, a collateral attack on the *Jugpall* decision. However, by reason of the Appeal Division's adoption in the present case of the reasoning in *Jugpall*, and the Appeal Division's abbreviated recitation of the principles established in *Jugpall*, it is instructive, and I believe, necessary to review those principles.

[59] The facts before the Appeal Division in *Jugpall* were that Mr. Jugpall's application to sponsor his parents had been refused on the ground that he and his wife failed to meet the LICO requirement. It was accepted on the appeal to the Appeal Division that the refusal was valid in law. Therefore, the sole issue was whether there were sufficient compassionate or humanitarian considerations to warrant the granting of special relief.

[60] The Appeal Division began by noting the effect of amendments to the Regulations which came into effect on April 1, 1997, and particularly the amendment to paragraph 5(2)(f) of the Regulations, which made admissibility a function of circumstances which are frozen in time.

[61] There followed a careful analysis wherein the Appeal Division stated:

(i) In its view, a change in the financial circumstances of the applicant as it related to a capacity to meet the LICO requirement was not irrelevant to the exercise of

après mûre réflexion par une formation composée de trois membres. La section d'appel a adopté la décision *Jugpall* comme ligne de conduite générale; elle l'a citée en l'approuvant plus de 120 fois.

[57] Enfin, M<sup>me</sup> Dang a affirmé que la section d'appel n'avait pas abandonné ou excédé la compétence qui lui était conférée par la loi, mais qu'elle comprenait clairement les paramètres de la Loi et sa propre compétence.

[58] La présente demande ne constitue pas et ne peut pas constituer une contestation indirecte de la décision *Jugpall*. Toutefois, étant donné qu'en l'espèce, la section d'appel a adopté le raisonnement qui avait été fait dans la décision *Jugpall* et qu'elle a brièvement rappelé les principes établis dans la décision *Jugpall*, il est intéressant, et à mon avis nécessaire, d'examiner ces principes.

[59] Les faits qui avaient été portés à la connaissance de la section d'appel dans l'affaire *Jugpall* étaient les suivants: la demande que M. Jugpall avait présentée en vue de parrainer ses parents avait été refusée pour le motif que sa conjointe et lui ne satisfaisaient pas à l'exigence relative aux SFR. Lors de l'appel devant la section d'appel, il a été convenu que le refus était valide en droit. Il s'agissait donc uniquement de savoir s'il existait des raisons d'ordre humanitaire suffisantes pour justifier l'octroi d'une mesure spéciale.

[60] La section d'appel a tout d'abord noté l'effet des modifications apportées au Règlement, lesquelles étaient entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 1997, et en particulier la modification apportée à l'alinéa 5(2)f) du Règlement, selon laquelle l'admissibilité est fonction de circonstances qui s'inscrivent à un moment précis dans le temps.

[61] La section d'appel a ensuite effectué une analyse minutieuse, dans le cadre de laquelle elle a dit ce qui suit:

(i) De l'avis de la section d'appel, il n'était pas sans pertinence, aux fins de l'exercice du pouvoir discrétionnaire qui lui était conféré par la loi, que la situa-

its statutory discretion;

(ii) The exercise of the Appeal Division's statutory discretion was a function of the context created by the determination of inadmissibility;

(iii) A practical and purposive approach to the administration of the Act would make available a remedy where a strict application of the law produced a harsh result;

(iv) This approach could be realized by measuring the compassionate or humanitarian aspects of an applicant's case in relation to the legal obstacles to admissibility;

(v) The Appeal Division had consistently applied an approach which required the degree of compelling circumstances to be commensurate with the legal obstacle to admissibility in order to justify granting relief;

(vi) Changed circumstances are relevant to an appeal under paragraph 77(3)(b) of the Act, and in the Appeal Division's view it was all the more important to be able to look at changed circumstances when exercising its equitable jurisdiction in cases where consideration of those changed circumstances was prohibited when determining the legal validity of a visa officer's refusal;

(vii) Changed financial circumstances must be assessed in a manner consistent with the amendments to the Regulations and could not serve to undermine those amendments;

(viii) A change in financial circumstances alone is not sufficient to warrant granting special relief;

(ix) The test developed by the Appeal Division in *Chirwa, supra*, which established a definition of compassionate considerations did not take into account circumstances where, in substance but not in form, the ground of inadmissibility had been overcome;

tion financière de la requérante eût changé en ce qui concerne sa capacité de satisfaire à l'exigence relative aux SFR;

(ii) L'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré par la loi à la section d'appel dépendait du contexte créé par la détermination de l'inadmissibilité;

(iii) Une approche de l'application de la loi pratique et fondée sur l'objet permettrait un redressement, alors qu'une application stricte aurait des conséquences graves;

(iv) Cette approche consiste en l'appréciation des aspects humanitaires du cas d'un requérant par rapport aux obstacles juridiques à son admissibilité;

(v) La section d'appel avait toujours appliqué une approche exigeant que les circonstances prises en compte soient proportionnées aux obstacles juridiques à l'admissibilité pour pouvoir justifier l'octroi d'une mesure;

(vi) Les changements survenus dans la situation sont pertinents aux fins d'un appel fondé sur l'alinéa 77(3)b) de la Loi; de l'avis de la section d'appel, il était d'autant plus important d'être en mesure de tenir compte de ces changements, dans l'exercice de la compétence que la section d'appel possédait en *equity*, dans les cas où il était impossible de tenir compte de ces changements en déterminant si le refus de l'agent des visas était valide sur le plan juridique;

(vii) Les changements survenus dans la situation financière doivent être appréciés conformément aux modifications apportées au Règlement; ils ne pourraient pas servir à porter atteinte à ces modifications;

(viii) Les changements survenus dans la situation financière ne suffisent pas à eux seuls pour justifier l'octroi d'une mesure spéciale;

(ix) Le critère élaboré par la section d'appel dans la décision *Chirwa*, précitée, lequel établissait une définition des raisons d'ordre humanitaire, ne tenait pas compte des cas dans lesquels il avait été remédié au motif d'inadmissibilité quant au fond mais non quant à la forme;

(x) If a new sponsorship application was to be required, hardship existed in the form of paying a new set of fees and delay;

(xi) That hardship need not necessarily be required when the ground of inadmissibility had been overcome;

(xii) This flowed from the Appeal Division's concern for the integrity of the administration of the Act and the role of the Appeal Division in that process;

(xiii) Therefore it might not be necessary to look for overwhelming circumstances in order to grant special relief;

(xiv) However, there must be positive factors over and above the ability to surmount the obstacle to admissibility in order for the Appeal Division to grant special relief;

(xv) The Appeal Division stressed that the fact that an appellant might achieve the required degree of solvency by the time the case reached the appeal stage did not automatically entitle the appellant to success before the Appeal Division;

(xvi) There should be no negative factors which undermine any justification for granting special relief;

(xvii) The Appeal Division concluded its analysis by stating that the *Chirwa, supra*, standard applies where the initial ground of inadmissibility has not in substance been overcome, but a different and lower threshold for granting special relief is appropriate where current circumstances reveal that the obstacle to admissibility was met.

[62] This was the reasoning expressly adopted by the Appeal Division in the case before me.

[63] I am unable to conclude that those principles, as adopted in the present case, exceed the jurisdiction conferred on the Appeal Division.

[64] In so concluding, I have particularly noted the clear language of the Appeal Division in *Juggall*

(x) Si une nouvelle demande de parrainage devait être présentée, il en découlerait un préjudice étant donné qu'un nouvel ensemble de frais devraient être payés et qu'un délai serait occasionné;

(xi) Ce préjudice n'a pas de raison d'être s'il a été remédié au motif d'inadmissibilité;

(xii) Cela découlait du fait que la section d'appel voulait préserver l'intégrité de l'application de la loi et son rôle dans ce processus;

(xiii) Il n'était peut-être donc pas nécessaire d'être en présence de circonstances impérieuses pour accorder une mesure spéciale;

(xiv) Toutefois, pour que la section d'appel accorde une mesure spéciale, il doit exister des facteurs favorables en plus de la capacité de surmonter les obstacles à l'admissibilité;

(xv) La section d'appel a souligné que le fait qu'un appellant puisse être devenu suffisamment solvable au stade de l'appel ne voulait pas nécessairement dire qu'il aurait gain de cause devant la section d'appel;

(xvi) Il ne devrait pas y avoir de facteurs défavorables amoindrissant quelque justification de l'octroi d'une mesure spéciale;

(xvii) La section d'appel a conclu son analyse en disant que la norme énoncée dans la décision *Chirwa*, précitée, s'applique lorsqu'il n'a pas été remédié quant au fond au motif initial d'inadmissibilité, mais qu'il convient d'appliquer une exigence préliminaire différente moins rigoureuse aux fins de l'octroi d'une mesure spéciale si la situation du moment révèle que l'obstacle à l'admissibilité a été surmonté.

[62] Tel est le raisonnement que la section d'appel a expressément adopté dans l'affaire dont je suis saisie.

[63] Je ne puis conclure qu'en adoptant ces principes en l'espèce, la section d'appel a excédé sa compétence.

[64] En tirant cette conclusion, j'ai en particulier tenu compte des remarques claires que la section

found at page 237 of the report, that:

Having said that, this panel is of the view that there must be positive factors present over and above the ability of the appellant to now surmount the obstacles to admissibility in order for the Appeal Division to grant special relief. There must be positive factors independent of financial circumstances which move the decision-maker to conclude that it would be unfair to require the appellant to start the whole sponsorship process all over again. This must be so because an essential element of the legal test of admissibility is the requirement that the sponsor meet the test of solvency in the 12 months prior to the filing of an Undertaking of Assistance. One purpose of the change to the Regulations was to require financial solvency at a particular point in the sponsorship process. The fact that an appellant may achieve that degree of solvency at a later point in the process (such as by the time the case has reached the appeal stage) does not automatically entitle the appellant to success before the Appeal Division. The reason for this is that a successful appellant must, by the language of the Act, merit special relief. The changed financial circumstances of an appellant do not, in and of themselves, constitute a basis for granting special relief. [Underlining added.]

[65] I have considered the concern of the Minister that the adoption of the *Jugpall* principles in this case will encourage premature applications. I believe, however, that those concerns are met by the Appeal Division's clear admonition that there must be something more than the mere ability of the applicant to meet the LICO requirement, and by its comment that the assessment of changed financial circumstances must not undermine the nature of the amendments to the Regulations.

[66] Having so found, it is necessary to consider whether there was anything in the application of the facts of the present case to those principles, which constituted a reviewable error.

[67] The Appeal Division found Ms. Dang and her husband to have presented their evidence in a fashion which was credible, consistent, unembellished and unevasive. It noted that the applicants were the only immediate family Ms. Dang had relations with, and that the applicants would be living with Ms. Dang and her husband. That, combined with the conclusion that

d'appel a faites dans la décision *Jugpall*, (page 237 du recueil):

[TRADUCTION] Ceci dit, la présente formation est d'avis que, pour qu'une mesure spéciale soit accordée par la section d'appel, il doit y avoir des facteurs favorables en plus de la capacité de l'appelant de surmonter maintenant les obstacles à l'admissibilité. Indépendamment de la situation financière, il doit exister des facteurs favorables qui amènent le décideur à conclure qu'il ne serait pas équitable d'exiger que l'appelant recommence toute la procédure de parrainage. Il doit en être ainsi parce que, selon un élément essentiel du critère juridique d'admissibilité, le répondant doit satisfaire au critère de solvabilité pour les 12 mois précédant la date de l'engagement. Le Règlement a été modifié de façon à exiger notamment que le requérant soit financièrement solvable à un stade particulier de la procédure. Le fait qu'un appelant peut devenir solvable à un stade ultérieur de la procédure (par exemple, au stade de l'appel) ne veut pas nécessairement dire qu'il aura gain de cause devant la section d'appel, et ce, parce que pour que l'appelant ait gain de cause, l'octroi d'une mesure spéciale doit être justifié, selon le libellé de la Loi. Les changements survenus dans la situation financière d'un appelant ne constituent pas à eux seuls un fondement justifiant l'octroi d'une mesure spéciale. [Non souligné dans l'original.]

[65] J'ai tenu compte de la préoccupation exprimée par le ministre, à savoir que l'adoption en l'espèce des principes énoncés dans la décision *Jugpall* aura pour effet d'encourager la présentation prématurée de demandes. Toutefois, je crois que la section d'appel a répondu à cette préoccupation en disant clairement que la simple capacité du requérant de satisfaire à l'exigence relative aux SFR ne suffit pas, et en faisant remarquer que l'appréciation des changements survenus dans la situation financière ne doit pas porter atteinte à la nature des modifications apportées au Règlement.

[66] Puisque j'ai tiré cette conclusion, je dois me demander si l'application de ces principes aux faits de la présente espèce a donné lieu à une erreur susceptible de révision.

[67] La section d'appel a conclu que la preuve présentée par M<sup>me</sup> Dang et son mari était crédible, cohérente et sincère, et que les faits n'avaient pas été embellis. Elle a noté que les requérants étaient les seuls membres de la famille immédiate avec qui M<sup>me</sup> Dang entretenait des relations et qu'ils devaient habiter avec M<sup>me</sup> Dang et son mari. Ce fait ainsi que

the sponsors had exceeded the LICO requirement since 1997, led the Appeal Division to conclude that sufficient factors existed to warrant special relief.

[68] While I agree with the submission of counsel for the Minister that this is a significant lowering of the threshold, after careful reflection I am unable to accept the submission that in so doing the Appeal Division lowered the threshold to such an extent as to abandon the statutory requirement for the existence of compassionate or humanitarian considerations that warrant the granting of special relief.

[69] While the threshold applied by the Appeal Division may have been extremely low, there remains a threshold other than the simple subsequent meeting of the LICO requirement. It is for the Appeal Division, and not for this Court, to set this threshold.

[70] In the result, I find that in allowing the appeal from the visa officer's decision on equitable grounds, the Appeal Division did not err in law by exceeding or misinterpreting its jurisdiction.

[71] Subsequent to the hearing of this matter, I received written submissions from counsel on the issues of costs and the certification of a question. I have concluded that special reasons do not exist in this case so as to warrant an order for costs. Counsel have agreed upon a question for certification and I certify the following question:

Does the Appeal Division of the IRB exceed or misinterpret its jurisdiction set out in s. 77(3)(b) of the *Immigration Act* by following the rationale and the principles set out in the Appeal Division case of *Jugpall v. M.C.I.* (1999), 2 Imm. L.R. (3d) 222, namely, that a different and lower threshold based on positive and negative factors should be applied in circumstances where the obstacle to admissibility has been overcome at the time of the hearing?

[72] For the reasons set out above, the application for judicial review is dismissed.

la conclusion selon laquelle les répondants dépassaient le SFR depuis 1997 ont amené la section d'appel à conclure qu'il existait des facteurs suffisants justifiant l'octroi d'une mesure spéciale.

[68] Je souscris à l'argument de l'avocate du ministre, à savoir que l'exigence préliminaire est ainsi rendue beaucoup moins rigoureuse, mais après mûre réflexion, je ne puis retenir l'argument selon lequel, ce faisant, la section d'appel a abaissé l'exigence préliminaire au point d'abandonner la condition légale selon laquelle il doit exister des raisons d'ordre humanitaire justifiant l'octroi d'une mesure spéciale.

[69] L'exigence préliminaire que la section d'appel a appliquée était peut-être fort peu rigoureuse, mais elle est néanmoins plus rigoureuse que le simple fait pour le répondant de satisfaire subséquemment à l'exigence relative aux SFR. C'est à la section d'appel plutôt qu'à la Cour qu'il appartient d'établir quelle est cette exigence préliminaire.

[70] Je conclus donc qu'en accueillant, pour des motifs fondés en *equity*, l'appel interjeté contre la décision de l'agent des visas, la section d'appel n'a pas commis l'erreur de droit consistant à excéder sa compétence ou à l'interpréter d'une façon erronée.

[71] Après l'audience, j'ai reçu des observations écrites des avocats au sujet de la question des dépens et de la certification d'une question. J'ai conclu qu'il n'y avait pas en l'espèce de raisons spéciales justifiant la délivrance d'une ordonnance relative aux dépens. Les avocats se sont entendus sur une question à certifier; la question ci-après énoncée est certifiée:

La section d'appel de la CISR excède-t-elle ou interprète-t-elle d'une façon erronée la compétence qui lui est conférée à l'al. 77(3)b) de la *Loi sur l'immigration* en suivant le raisonnement et les principes énoncés dans la décision qu'elle a rendue dans l'affaire *Jugpall v. MCI* (1999), 2 Imm. L.R. (3d) 222, à savoir qu'une exigence préliminaire différente moins rigoureuse fondée sur des facteurs favorables et sur des facteurs défavorables devrait s'appliquer dans les cas où l'obstacle à l'admissibilité a été surmonté au moment de l'audience?

[72] Pour les motifs susmentionnés, la demande de contrôle judiciaire est rejetée.

T-2346-87

T-2346-87

**Valerie Joan Markesteyn** (*Respondent*) (*Plaintiff*)**Valerie Joan Markesteyn** (*intimée*) (*demanderesse*)

v.

c.

**Her Majesty the Queen** (*Applicant*) (*Defendant*)**Sa Majesté la Reine** (*requérante*) (*défenderesse*)

and

et

**Dr. Peter Hermanus Markesteyn, Executor of the said Valerie Joan Markesteyn, deceased, on behalf of the Estate of Valerie Joan Markesteyn** (*Respondents*) (*Plaintiffs*)**D<sup>r</sup> Peter Hermanus Markesteyn, exécuteur de ladite Valerie Joan Markesteyn, décédée, au nom de la succession de Valerie Joan Markesteyn** (*intimés*) (*demandeurs*)

v.

c.

**Her Majesty the Queen** (*Applicant*) (*Defendant*)**Sa Majesté la Reine** (*requérante*) (*défenderesse*)**INDEXED AS: MARKESTEYN v. CANADA (T.D.)****RÉPERTORIÉ: MARKESTEYN c. CANADA (1<sup>re</sup> INST.)**

Trial Division, Hargrave P.—Winnipeg, April 14, 1999; Vancouver, August 11, 2000.

Section de première instance, protonotaire Hargrave—Winnipeg, 14 avril 1999; Vancouver, 11 août 2000.

*Crown — Torts — Action for damages and declarations as result of bank erosion behind dam due to Crown-controlled fluctuation in water level — Allegations of nuisance, negligence and interference with riparian rights of land owner — Damages not recoverable for prospective loss — Negligence plea not struck as defendant had sufficient information to plead to statement of claim — Case in nuisance not futile — Pleading of infringement of riparian right of enjoyment of river in natural state appears proper — Declaratory relief not excluded though other relief available.*

*Couronne — Responsabilité délictuelle — Action visant à obtenir des dommages-intérêts et un jugement déclaratoire à la suite de l'érosion de la berge en amont d'un barrage en raison de la fluctuation du niveau de l'eau contrôlée par la Couronne — Allégations de nuisance, de négligence et d'atteinte aux droits de riverain d'un propriétaire foncier — Une perte à venir ne donne pas ouverture à l'octroi de dommages-intérêts — Le moyen fondé sur la négligence n'a pas été radié parce que la défenderesse possédait suffisamment d'information pour répondre à la déclaration — La cause d'action fondée sur la nuisance n'était pas futile — Le moyen d'atteinte au droit de riverain à la jouissance de la rivière à l'état naturel semblait convenable — Un jugement déclaratoire n'était pas exclu malgré les autres réparations possibles.*

*Damages — Limiting Principles — Certainty — Prospective injury — Action for damages and declarations as result of bank erosion behind dam due to Crown-controlled fluctuation in water level — Allegations of nuisance, negligence and interference with riparian rights of land owner — Continuing wrong — Damages not recoverable for prospective loss as many factors could cause destruction of plaintiff's foreshore to cease at some future time.*

*Dommages-intérêts — Facteurs limitatifs — Certitude — Préjudice à venir — Action visant à obtenir des dommages-intérêts et un jugement déclaratoire à la suite de l'érosion de la berge en amont d'un barrage en raison de la fluctuation du niveau de l'eau contrôlée par la Couronne — Allégations de nuisance, de négligence et d'atteinte aux droits de riverain d'un propriétaire foncier — Acte fautif continu — La perte à venir ne donnait pas ouverture à l'octroi de dommages-intérêts car de nombreux facteurs pouvaient interrompre la destruction de la grève de la demanderesse à l'avenir.*

The plaintiff owned and occupied land in Winnipeg on the Red River. The operation of the St. Andrews dam, constructed downstream by the federal government between 1903 and 1910 resulted in the gradual erosion of the river

La demanderesse était propriétaire et occupante d'un bien-fonds situé à Winnipeg, sur le bord de la rivière Rouge. L'exploitation du barrage St. Andrews, construit en aval par le gouvernement fédéral entre 1903 et 1910 a causé l'éro-

bank and forced the plaintiff, in 1986, to abandon her home and to construct a new one farther away from the river. The plaintiff in this action, initially representative in nature, claimed damages for past injury. She also claimed in nuisance, seeking declarations that there was a continuing nuisance, as to breach of duty and as to interference with riparian rights, and prospective damages.

The defendant brought the present motions to strike, raising the issues of whether the plaintiff could claim either in nuisance or negligence without identifying the servants of the Crown who were said to be responsible. The defendant argued that there was, at law, no interference with riparian rights, and that there can be no cause of action founded on events that may happen in the future.

At the commencement of the Crown's two-day motion, the date for which had been fixed 5 months previously, plaintiffs sought an adjournment to review the case law and to take instructions from a new group of potential plaintiffs. Considering the cost of an adjournment to taxpayers and the fact that the addition of further plaintiffs must at some point come to an end, this application was denied.

Damages for prospective injury. On this issue, reference was made to a statement in *McGregor on Damages*, to the effect that where a single act constitutes a continuing wrong, damages at common law can be awarded only in respect of loss accruing before the commencement of the action: *Battishill v. Reed* (1856), 18 C.B. 696; 139 E.R. 1544. Here, the allegation is of a continuing wrong — ongoing erosion of the plaintiff's land — and further causes of action lie in the future. This was not a case where the damage has been done for all time and compensation can be awarded for all time: various factors could cause a stoppage of the destruction of plaintiff's foreshore. On the basis of old English and more recent Canadian case law, future damages cannot be awarded in anticipation of what may happen due to negligent operation of the dam and this aspect of plaintiff's action was futile.

Cause of action in negligence. In *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228, the Supreme Court held that government policy decisions were exempt from tort claims but their negligent implementation could give rise to actions in tort. Defendant's submission was that the statement of claim failed to make it clear whether the alleged breach of duty was in respect of a policy decision or policy implementation. That argument was rejected: while the Court might be called upon to differentiate between policy and operation, this was not a ground for striking out under Rule 221.

sion graduelle de la berge de la rivière et a forcé la demanderesse à abandonner sa maison et à en construire une nouvelle plus éloignée de la rivière, en 1986. La demanderesse dans l'action, intentée initialement sous forme de recours collectif, a réclamé des dommages-intérêts pour un préjudice passé. Elle a aussi invoqué la nuisance pour demander un jugement déclaratoire portant qu'il existait une nuisance continue concernant un manquement à une obligation et une atteinte à des droits de riverain, et réclamer des dommages-intérêts pour un préjudice à venir.

La défenderesse a présenté les requêtes en radiation en soulevant la question de savoir si la demanderesse pouvait faire valoir une demande fondée sur la négligence ou la nuisance, sans identifier les préposés de la Couronne qu'elle prétendait responsables. La défenderesse a plaidé qu'aucune atteinte, en droit, n'avait été portée à des droits de riverain et que les événements susceptibles de se produire à l'avenir ne peuvent fonder aucune cause d'action.

Au début des deux jours d'audition de la requête, dont la date avait été fixée 5 mois auparavant, les demanderes ont demandé un ajournement pour étudier la jurisprudence et pour obtenir des instructions d'un nouveau groupe d'éventuels demandeurs. Compte tenu du coût qu'un ajournement entraînerait pour les contribuables et du fait qu'il faut un jour mettre un terme à l'ajout de nouveaux demandeurs, la demande d'ajournement a été rejetée.

Les dommages-intérêts pour préjudice à venir. Sur ce point, la Cour s'est reportée à une affirmation faite dans *McGregor on Damages*, selon laquelle, lorsqu'un acte unique constitue un acte fautif continu, la common law ne permet l'octroi de dommages-intérêts que pour le préjudice survenu avant l'introduction de l'action: *Battishill v. Reed* (1856), 18 C.B. 696; 139 E.R. 1544. En l'espèce, la demanderesse alléguait un acte fautif continu — l'érosion continue du bien-fonds de la demanderesse — et les nouvelles causes d'action demeuraient futures. Il ne s'agissait pas d'une affaire dans laquelle un préjudice a été causé une fois pour toutes et une indemnisation accordée une fois pour toutes: différents facteurs pouvaient interrompre la destruction de la grève de la demanderesse. Selon la jurisprudence anglaise ancienne et les décisions canadiennes plus récentes, il n'est pas possible d'accorder des dommages-intérêts futurs en prévision de ce qui pourrait se produire à la suite de la négligence dans l'exploitation du barrage et l'action de la demanderesse sur ce point était futile.

La cause d'action fondée sur la négligence. Dans l'arrêt *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228, la Cour suprême a statué que les décisions de politique gouvernementale étaient à l'abri d'un recours en responsabilité délictuelle, mais que leur mise en œuvre entachée de négligence pouvait donner lieu à un recours en matière délictuelle. La défenderesse a fait valoir que la déclaration ne précisait pas clairement si le manquement allégué à une obligation touchait une décision de politique ou la mise en œuvre d'une telle décision. Cet argument a été rejeté: bien



Defendant had sufficient information to plead to the statement of claim. If, after discovery, defendant can still show a lack of factual knowledge, there might be a case for particulars for trial.

Cause of action in nuisance. On this point, the Crown argued that it was not liable when, as here, no particular Crown servant is identified as having caused the nuisance. While at one time good law, that concept was done away with by the Supreme Court of Canada in *The Queen v. Levy Brothers Company, Limited and the Western Assurance Company*, [1961] S.C.R. 189. The Crown also argued that it could not be held liable for nuisance. The case of *Schenck et al. v. The Queen in right of Ontario* (1982), 40 O.R. (2d) 410 (H.C.), which had to do with interference with orchard land by salting the adjoining highway, was considered. In *Mart Steel Corporation v. The Queen*, [1974] 1 F.C. 45 (T.D.), it was held that the Crown could be held liable for nuisance arising from the operation of a grain elevator. Therefore, plaintiff's case in nuisance might be difficult but it was not futile.

Riparian rights as a cause of action. In this respect, reference was made to the work *Water Law in Canada: The Atlantic Provinces*. Plaintiff's pleading of infringement of the riparian right of enjoyment of the river in its natural state appeared proper.

Declaratory relief. Crown counsel cited the case of *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49 as authority for the proposition that declaratory relief ought not to be granted if other relief, here damages, is available. That case stands for a more limited proposition: alternative (statutory) remedies must be exhausted before coming to court. It was held in *Kourtessis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53, that a court has a discretion to deny declaratory relief where other remedies are available, not that a plea for declaratory relief, coupled with a claim for other relief, is bound to fail.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Crown Liability Act*, R.S.C. 1970, c. C-38, ss. 3(1)(b), 24.

*Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21), ss. 3, 12 (as am. *idem*, s. 23).

que la Cour puisse être appelée à faire la différence entre la politique et la mise en œuvre, cela ne constituait pas un motif justifiant la radiation selon la règle 221. La défenderesse possédait suffisamment d'information pour répondre à la déclaration. Si, après l'enquête préalable, la défenderesse pouvait encore démontrer qu'elle n'était pas suffisamment au courant des faits, une demande de précisions en vue de l'instruction pouvait être justifiée.

La cause d'action fondée sur la nuisance. Sur ce point, la Couronne a soutenu que sa responsabilité n'était pas engagée lorsque, comme en l'espèce, aucun préposé de la Couronne n'est identifié comme ayant créé la nuisance. Ce concept s'appliquait effectivement à une certaine époque, mais la Cour suprême du Canada l'a écarté dans l'arrêt *The Queen v. Levy Brothers Company, Limited and the Western Assurance Company*, [1961] R.C.S. 189. La Couronne a aussi fait valoir qu'elle ne pouvait être tenue responsable d'une nuisance. La Cour a examiné l'affaire *Schenck et al. v. The Queen in right of Ontario* (1982), 40 O.R. (2d) 410 (H.C.), qui portait sur une atteinte à un verger causée par l'utilisation de sel sur une autoroute voisine. Dans la décision *Mart Steel Corporation c. La Reine*, [1974] 1 C.F. 45 (1<sup>re</sup> inst.), il a été statué que la Couronne pouvait être tenue responsable d'une nuisance découlant de l'exploitation d'un élévateur à grain. Par conséquent, même si leur bien-fondé pouvait être difficile à établir, les prétentions de la demanderesse fondées sur la nuisance n'étaient pas futiles.

La cause d'action fondée sur les droits de riverain. Sur ce point, la demanderesse a invoqué l'ouvrage intitulé *Water Law in Canada: The Atlantic Provinces*. Son moyen fondé sur l'atteinte au droit de riverain à la jouissance de la rivière à l'état naturel était convenable.

Le jugement déclaratoire. L'avocat de la Couronne a cité l'affaire *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49 à l'appui de sa prétention que la Cour ne devrait pas accorder de jugement déclaratoire si la demanderesse peut obtenir une autre réparation, en l'occurrence des dommages-intérêts. Cette décision a un effet plus limité: il faut épuiser les autres recours (prévus par une loi) avant de s'adresser au tribunal. L'arrêt *Kourtessis c. M.R.N.*, [1993] 2 R.C.S. 53, établit que la Cour a le pouvoir discrétionnaire de refuser de prononcer un jugement déclaratoire lorsque d'autres recours sont possibles, et non qu'une demande de jugement déclaratoire, jointe à une autre demande de réparation, doit nécessairement être rejetée.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur la responsabilité de la Couronne*, S.R.C. 1970, ch. C-38, art. 3(1)(b), 24.

*Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21), art. 3, 12 (mod., *idem*, art. 23).

*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, R. 419(1)(a), (d),(f).  
*Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, r. 221.  
*Proceedings Against the Crown Act (The)*, R.S.O. 1970, c. 365, s. 5.

*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, règle 419(1)(a),(d),(f).  
*Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106, règle 221.  
*Proceedings Against the Crown Act (The)*, R.S.O. 1970, ch. 365, art. 5.

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Battishill v. Reed* (1856), 18 C.B. 696; 139 E.R. 1544 (C.A.); *Montreal Street Ry. Co. v. Boudreau* (1905), 36 S.C.R. 329; 4 C.R.C. 373; *Darley Main Colliery Company v. Mitchell* (1886), 11 A.C. 127 (H.L.); *West Leigh Colliery Company v. Tunnicliffe & Hampson, Ltd.*, [1908] A.C. 27 (H.L.); *Bjarnarson (H.R.) v. Manitoba* (1990), 68 Man. R. (2d) 161 (Q.B.); *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228; (1989), 64 D.L.R. (4th) 689; [1990] 1 W.W.R. 385; 41 B.C.L.R. (2d) 350; 41 Admin. L.R. 161; 1 C.C.L.T. (2d) 1; 18 M.V.R. (2d) 1; 103 N.R. 1; *Queen, The v. Levy Brothers Company Limited and the Western Assurance Company*, [1961] S.C.R. 189; (1961), 26 D.L.R. (2d) 760; *Duncan, Alastair R.C. et al. v. The Queen*, [1966] Ex. C.R. 1080; *Connery et ux. v. Government of Manitoba*, [1971] 4 W.W.R. 156 (Man. C.A.); *Mart Steel Corporation v. The Queen*, [1974] 1 F.C. 45 (T.D.); *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561; (1979), 96 D.L.R. (3d) 14; [1979] 3 W.W.R. 676; 26 N.R. 364.

## DISTINGUISHED:

*Holmes v. Wilson* (1839), 10 Ad. & E. 503; 113 E.R. 190; *Clegg v. Dearden* (1848), 12 Q.B. 576; *Toronto General Trusts Corp. v. Roman*, [1963] 1 O.R. 312; (1962), 37 D.L.R. (2d) 16 (C.A.); *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49; (1989), 61 D.L.R. (4th) 604; 97 N.R. 241; *Kourtessis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53; (1993), 102 D.L.R. (4th) 456; [1993] 4 W.W.R. 225; 78 B.C.L.R. (2d) 257; 81 C.C.C. (3d) 286; 20 C.R. (4th) 104; 14 C.R.R. (2d) 193; [1993] 1 C.T.C. 301; 93 DTC 5137; 153 N.R. 1; 45 W.A.C. 81.

## CONSIDERED:

*Schenck et al. v. The Queen in right of Ontario* (1982), 40 O.R. (2d) 410; 142 D.L.R. (3d) 261; 23 C.C.L.T. 147; 12 C.E.L.R. 43; 31 C.P.C. 89 (H.C.); *Schenck et al. v. The Queen in right of Ontario* (1981), 34 O.R. (2d) 595; 131 D.L.R. (3d) 310; 20 C.C.L.T. 128; 11 C.E.L.R. 1 (H.C.).

## REFERRED TO:

*Lamb v. Walker* (1878), 3 Q.B.D. 389 (C.A.); *Brand v. Hammersmith and City Railway Company* (1867) L.R.

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Battishill v. Reed* (1856), 18 C.B. 696; 139 E.R. 1544 (C.A.); *Montreal Street Ry. Co. v. Boudreau* (1905), 36 R.C.S. 329; 4 C.R.C. 373; *Darley Main Colliery Company v. Mitchell* (1886), 11 A.C. 127 (H.L.); *West Leigh Colliery Company v. Tunnicliffe & Hampson, Ltd.*, [1908] A.C. 27 (H.L.); *Bjarnarson (H.R.) v. Manitoba* (1990), 68 Man. R. (2d) 161 (B.R.); *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228; (1989), 64 D.L.R. (4th) 689; [1990] 1 W.W.R. 385; 41 B.C.L.R. (2d) 350; 41 Admin. L.R. 161; 1 C.C.L.T. (2d) 1; 18 M.V.R. (2d) 1; 103 N.R. 1; *Queen, The v. Levy Brothers Company Limited and the Western Assurance Company*, [1961] R.C.S. 189; (1961), 26 D.L.R. (2d) 760; *Duncan, Alastair R.C. et al. v. The Queen*, [1966] R.C.É. 1080; *Connery et ux. v. Government of Manitoba*, [1971] 4 W.W.R. 156 (C.A. Man.); *Mart Steel Corporation c. La Reine*, [1974] 1 C.F. 45 (1<sup>re</sup> inst.); *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561; (1979), 96 D.L.R. (3d) 14; [1979] 3 W.W.R. 676; 26 N.R. 364.

## DISTINCTION FAITE D'AVEC:

*Holmes v. Wilson* (1839), 10 Ad. & E. 503; 113 E.R. 190; *Clegg v. Dearden* (1848), 12 Q.B. 576; *Toronto General Trusts Corp. v. Roman*, [1963] 1 O.R. 312; (1962), 37 D.L.R. (2d) 16 (C.A.); *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49; (1989), 61 D.L.R. (4th) 604; 97 N.R. 241; *Kourtessis c. M.N.R.*, [1993] 2 R.C.S. 53; (1993), 102 D.L.R. (4th) 456; [1993] 4 W.W.R. 225; 78 B.C.L.R. (2d) 257; 81 C.C.C. (3d) 286; 20 C.R. (4th) 104; 14 C.R.R. (2d) 193; [1993] 1 C.T.C. 301; 93 DTC 5137; 153 N.R. 1; 45 W.A.C. 81.

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Schenck et al. v. The Queen in right of Ontario* (1982), 40 O.R. (2d) 410; 142 D.L.R. (3d) 261; 23 C.C.L.T. 147; 12 C.E.L.R. 43; 31 C.P.C. 89 (H.C.); *Schenck et al. v. The Queen in right of Ontario* (1981), 34 O.R. (2d) 595; 131 D.L.R. (3d) 310; 20 C.C.L.T. 128; 11 C.E.L.R. 1 (H.C.).

## DÉCISIONS MENTIONNÉES:

*Lamb v. Walker* (1878), 3 Q.B.D. 389 (C.A.); *Brand v. Hammersmith and City Railway Company* (1867) L.R.

2 Q.B. 223; *Schenck v. Ontario (Minister of Transportation and Communications)*; *Rokeby v. Ontario*, [1987] 2 S.C.R. 289; (1987), 50 D.L.R. (4th) 384; 79 N.R. 317; 23 O.A.C. 82; *Case of the Thorns* (1466), Y.B. 6 Ed IV, 7a. pl. 18; *Montreal Light, Heat & Power Co. v. Attorney-General of Quebec* (1909), 41 S.C.R. 116; *Stollmeyer v. Trinidad Lake Petroleum Company*, [1918] A.C. 485.

## AUTHORS CITED

Hogg, Peter W. *Liability of the Crown*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989.  
 La Forest, Gerard. *Water Law in Canada: The Atlantic Provinces*. Ottawa: Information Canada, 1973.  
 Linden, Allen M. *Canadian Tort Law*, 6th ed. Toronto: Butterworths, 1997.  
 Linden, Allen M. *La responsabilité civile délictuelle*. Montréal: Éditions Yvon Blais, 1988.  
 McGregor, Harvey. *McGregor on Damages*, 16th ed. London: Sweet & Maxwell, 1997.

MOTIONS to strike out the statement of claim in an action against the Crown for damages and declarations for alleged nuisance, negligence and interference with the riparian rights of the plaintiff with respect to the erosion of its waterfront land behind a dam due to Crown-controlled fluctuation in the water level. Motions allowed in part.

## APPEARANCES:

*Kenneth S. Maclean* for respondent (plaintiff).  
*Colin S. Morrison* and *Marley S. Dash* for applicant (defendant).

## SOLICITORS OF RECORD:

*Thompson Dorfman Sweatman*, Winnipeg, for respondent (plaintiff).  
*Deputy Attorney General of Canada* for applicant (defendant).

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

[1] HARGRAVE P: The defendant's [applicant's] motions, argued during the course of a day in December 1998 and completed in April 1999, initially arose

2 Q.B. 223; *Schenck c. Ontario (Ministre des Transports et des Communications)*; *Rokeby c. Ontario*, [1987] 2 R.C.S. 289; (1987), 50 D.L.R. (4th) 384; 79 N.R. 317; 23 O.A.C. 82; *Case of the Thorns* (1466), Y.B. 6 Ed IV, 7a. pl. 18; *Montreal Light, Heat & Power Co. v. Attorney-General of Quebec* (1909), 41 R.C.S. 116; *Stollmeyer v. Trinidad Lake Petroleum Company*, [1918] A.C. 485.

## DOCTRINE

Hogg, Peter W. *Liability of the Crown*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989.  
 La Forest, Gerard. *Water Law in Canada: The Atlantic Provinces*. Ottawa: Information Canada, 1973.  
 Linden, Allen M. *Canadian Tort Law*, 6th ed. Toronto: Butterworths, 1997.  
 Linden, Allen M. *La responsabilité civile délictuelle*. Montréal: Éditions Yvon Blais, 1988.  
 McGregor, Harvey. *McGregor on Damages*, 16th ed. London: Sweet & Maxwell, 1997.

REQUÊTES en radiation de la déclaration dans une action intentée contre la Couronne en vue d'obtenir des dommages-intérêts et un jugement déclaratoire, fondée sur des allégations de nuisance, de négligence et d'atteinte aux droits de riverain de la demanderesse relativement à l'érosion de son bien-fonds riverain, en aval d'un barrage, résultant de la fluctuation du niveau de l'eau contrôlée par la Couronne. Requêtes accueillies en partie.

## ONT COMPARU:

*Kenneth S. Maclean* pour l'intimée (demanderesse).  
*Colin S. Morrison* et *Marley S. Dash* pour requérante (défenderesse).

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Thompson Dorfman Sweatman*, Winnipeg, pour l'intimée (demanderesse).  
*Le sous-procureur général du Canada* pour requérante (défenderesse).

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

[1] LE PROTONOTAIRE HARGRAVE: Les requêtes de la défenderesse [requérante], plaidées pendant une journée en décembre 1998 puis, pour terminer, en

out of a representative action by which riparian land owners and occupiers, on the Red and Assiniboine Rivers, between about Winnipeg and the St. Andrews dam on the Red River near the south end of Lake Winnipeg, say their riparian rights have been interfered with. The plaintiffs [respondents] in the initial class action claimed damages. They also claimed in nuisance, seeking declarations that there is a continuing nuisance, as to breach of duty and as to interference with riparian rights.

[2] The representative of the present plaintiff, during the interval of December 1998 to April 1999, correctly concluded first, that the action ought not to proceed as a representative action, and second, that the *Crown Liability and Proceedings Act* [R.S.C., 1985, c. C-50 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21)] was a bar to portions of the action based on the construction of the St. Andrews dam early this century. The Estate of Valerie Joan Markesteyn, represented by the executor, as sole plaintiff, therefore prepared and I gave leave to file an amended statement of claim. I look upon this exercise not as the abandonment of a portion of the claim, but rather as success on the part of the defendant on a portion of its motion, a point to touch on later.

[3] The negligence, interference with riparian rights and nuisance is said to be the artificial raising and lowering of water levels, behind the St. Andrews dam. This fluctuation in water level is said to have resulted in both bank erosion and undercutting by wave action at high water levels. Sustained high water levels are also said to saturate the banks. The result is the collapse of banks by reason of lack of support to saturated and undercut banks at low water levels in the winter when the St. Andrews dam and lock system is drained to prevent ice damage. This negligence, nuisance and interference is said to be ongoing thus the plaintiff seeks not only damages for past injury, but also forward looking relief in the form of declarations and continuing or prospective damages.

avril 1999, découlent à l'origine d'un recours collectif dans lequel les propriétaires et occupants de biens-fonds riverains, situés sur le bord des rivières Rouge et Assiniboine, entre Winnipeg, environ, et le barrage St. Andrews sur la rivière Rouge, près de l'extrémité sud du lac Winnipeg, affirmaient qu'il a été porté atteinte à leurs droits de riverains. Les demandeurs [intimés] dans le recours collectif initial réclamaient des dommages-intérêts. Ils invoquaient aussi une nuisance et demandaient à la Cour de prononcer un jugement déclaratoire portant qu'il existe une nuisance continue concernant un manquement à une obligation et une atteinte à des droits de riverains.

[2] Le représentant de la demanderesse actuelle a conclu à juste titre, entre décembre 1998 et avril 1999, que, premièrement, l'action ne devait pas se dérouler sous la forme d'un recours collectif et que, deuxièmement, la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* [L.R.C. (1985), ch. C-50 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21)] rendait irrecevables certains éléments de l'action fondés sur la construction du barrage St. Andrews au début du siècle. La succession de Valerie Joan Markesteyn, représentée par son exécuteur, en qualité d'unique demanderesse, a donc préparé une déclaration modifiée, dont j'ai autorisé le dépôt. Je considère non pas que la demanderesse s'est ainsi désistée d'une partie de la demande, mais que la défenderesse a eu gain de cause en ce qui concerne une partie de sa requête. Je reviendrai sur ce point.

[3] La négligence, l'atteinte à des droits de riverains et la nuisance alléguées consistent en l'élévation et l'abaissement artificiels du niveau de l'eau en amont du barrage St. Andrews. Cette fluctuation du niveau de l'eau aurait causé l'érosion et le sapement de la berge sous l'action des vagues, lorsque le niveau de l'eau est élevé. Un niveau d'eau élevé maintenu pendant de longues périodes aurait aussi saturé les berges, qui se sont donc effondrées en raison du manque de support des berges saturées et sapées, au moment où le niveau de l'eau a été abaissé en hiver, lors de l'évacuation de l'eau du réseau des écluses et du barrage St. Andrews pour éviter les dommages causés par la glace. La négligence, la nuisance et l'atteinte alléguées seraient continues, de sorte que la demanderesse réclame non

[4] The basis of the motions to strike out initially covered a broad spectrum. At this point I summarize the most important aspects that remain. No longer is there an issue as to the propriety of a class action in nuisance. There is a question of whether the plaintiff can claim in either nuisance or negligence without identifying the servants of the Crown who were or are said to be responsible. The defendant also says there is, at law, *no interference with riparian rights*. The defendant submits there can be no cause of action founded on events that may happen in the future. I now turn to a more detailed background for all of this, which begins in 1899.

#### BACKGROUND

[5] Between 1899 and 1909 the federal government passed various appropriation acts for a public work at the St. Andrews rapids in the Red River. Between 1903 and 1910 the federal government constructed a dam at St. Andrews in order to make the St. Andrews rapids navigable by seasonally raising the water level and providing a system of locks.

[6] The result of the operation of the dam, which the plaintiff says has been improperly carried out, is the maintenance of an artificially high water level behind the dam during July through October and then a release of water during the first part of November in order to lower the water to a more natural level in order to protect the dam and lock system from winter ice damage.

[7] The plaintiff, now represented by the executor of her estate, at material times owned and occupied land in Winnipeg on the Red River. By reason of alleged abnormal erosion of her river bank the plaintiff was forced, in about 1986, to abandon her home and to construct a new home farther away from the river.

seulement des dommages-intérêts pour le préjudice déjà subi, mais aussi une réparation prospective sous la forme d'un jugement déclaratoire et de dommages-intérêts pour préjudice continu ou à venir.

[4] Le fondement des requêtes en radiation était très étendu à l'origine. Je résumerai maintenant les aspects les plus importants encore en jeu. L'opportunité d'un recours collectif fondé sur la nuisance n'est plus en cause. La question de savoir si la demanderesse peut faire valoir une demande fondée sur la négligence ou sur la nuisance, sans identifier les préposés de la Couronne responsables ou présumés responsables, est toujours en litige. La défenderesse affirme aussi qu'aucune atteinte, en droit, n'a été portée à des droits de riverains. Elle soutient que des événements susceptibles de se produire à l'avenir ne peuvent fonder aucune cause d'action. J'exposerai maintenant plus en détail le contexte de l'ensemble du litige, dont les origines remontent à 1899.

#### LE CONTEXTE

[5] Entre 1899 et 1909, le gouvernement fédéral a édicté diverses lois portant affectation de crédits aux fins d'un ouvrage public érigé aux rapides St. Andrews, sur la rivière Rouge. Entre 1903 et 1910, le gouvernement fédéral a construit un barrage à St. Andrews afin de rendre les rapides St. Andrews navigables en haussant le niveau de l'eau sur une base saisonnière et en installant un réseau d'écluses.

[6] L'exploitation du barrage, que la demanderesse prétend incorrecte, a pour effet de maintenir l'eau à un niveau artificiellement élevé en amont du barrage pendant les mois de juillet à octobre, après quoi de l'eau est évacuée au début du mois de novembre afin d'abaisser l'eau à un niveau plus naturel, ce qui protège le barrage et le réseau d'écluses des dommages causés par la glace en hiver.

[7] À toutes les époques pertinentes, la demanderesse, maintenant représentée par l'exécuteur de sa succession, était propriétaire et occupante d'un bien-fonds situé à Winnipeg, sur le bord de la rivière Rouge. En raison de la prétendue érosion anormale de la berge, la demanderesse a dû abandonner sa maison

The plaintiff blames the erosion on the artificial raising of water levels during the summer and fall months, allowing the bank to be eroded and undercut and the accelerated collapse of undercut and saturated river bank when the water is drained to a natural level before the formation of ice on the river.

[8] The plaintiff's action was initially styled as representative, with the plaintiff acting for herself and "on behalf of all other owners and occupiers of land on the banks of the Red and Assiniboine Rivers . . . affected by the construction and operation of the St. Andrews Dam". As I have already indicated the 1999 amended statement of claim eliminates the representative aspect.

[9] The defendant has obtained some particulars and taken *de bene esse* evidence on video tape. The defendant, in January 1995, set down two motions. The first was to strike out the statement of claim under what was then paragraph 419(1)(a) [of the *Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663] on the grounds that the represented plaintiffs had no reasonable cause of action in nuisance, or for prospective damages, or indeed any cause of action of a representative nature. Paragraph 419(1)(a) is now paragraph 221(1)(a) [of the *Federal Court Rules*, 1998, SOR/98-106], the wording being identical. The second motion again sought an order that the plaintiff cease representing the other persons described in the statement of claim; that the action be struck out under paragraph 419(1)(d) or (f) as prejudicial, embarrassing or such as to delay a fair trial of the action, or as an abuse of the process of the Court; that the plaintiff provide further or better particulars if the action is not struck out; and for an extension of time within which to file a defence. Those two motions were adjourned *sine die*, but were put into the current form of a motions record and refiled 2 December 1998.

et en construire une nouvelle plus éloignée de la rivière, vers 1986. La demanderesse impute cette érosion à l'élévation artificielle du niveau de l'eau pendant l'été et l'automne, qui aurait causé l'érosion et le sapement ainsi que l'effondrement accéléré de la berge sapée et saturée lorsque l'eau est abaissée à son niveau naturel avant la formation des glaces sur la rivière.

[8] L'action de la demanderesse a d'abord été introduite sous la forme d'un recours collectif, la demanderesse agissant en son propre nom et [TRADUCTION] «au nom de tous les autres propriétaires et occupants de biens-fonds situés sur les berges des rivières Rouge et Assiniboine [. . .] touchés par la construction et l'exploitation du barrage St. Andrews». Comme je l'ai déjà mentionné, la déclaration modifiée de 1999 a changé la forme de la procédure, qui ne constitue désormais plus un recours collectif.

[9] La défenderesse a obtenu certaines précisions et a accepté la preuve *de bene esse* sur bande vidéo. La défenderesse a déposé deux requêtes en janvier 1995. La première visait la radiation de la déclaration en vertu de l'alinéa 419(1)a des règles [Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663] alors en vigueur, au motif que les demandeurs représentés n'avaient pas de cause d'action valable fondée sur la nuisance ou justifiant des dommages-intérêts prospectifs ni, en fait, aucune cause d'action donnant ouverture à un recours collectif. L'alinéa 419(1)a a été remplacé par l'alinéa 221(1)a [des Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106], dont le libellé est identique. La deuxième requête sollicitait aussi une ordonnance enjoignant à la demanderesse de cesser de représenter les autres personnes décrites dans la déclaration; radiant l'action en vertu des alinéas 419(1)d) ou f) des règles alors en vigueur parce qu'elle risquait de nuire à l'instruction équitable de l'action ou de la retarder ou parce qu'elle constituait autrement un abus de procédure; enjoignant à la demanderesse de fournir des précisions si l'action n'était pas radiée; et prorogeant le délai de dépôt de la défense. Ces deux requêtes ont été ajournées à une date indéterminée, mais elles ont été déposées à nouveau sous la forme du présent dossier de requête le 2 décembre 1998.

## CONSIDERATION

Application by the plaintiffs for Adjournment

[10] At the commencement of this two-day motion, a date set five months earlier by direction of the Associate Chief Justice, the plaintiffs sought an adjournment, either *sine die* or for 90 days. The then plaintiffs wished the adjournment to consider the defendant's motions, in order to look at the volume of case law and to allow time to notify and take instructions from a new group of potential plaintiffs, the owners of plots in the Elmwood Cemetery, a margin of which is being eroded by the Red River. I allowed the plaintiffs to file an affidavit in support of the request for adjournment: the affidavit is only for that purpose. To some of the affidavit material I gave little weight. The motion for an adjournment was not opposed by counsel for the defendant, however I denied the motion.

[11] The defendant's motions, some four years old and with five months lead time on the hearing date, came as no surprise. The motions are supported by much case material, but the case material and the written argument are, largely, what one would expect. The few unfamiliar cases do not raise any novel points.

[12] An adjournment which prejudices neither party may often be appropriate. Certainly the courts are established to serve litigants. However, there is also the cost of an adjournment to taxpayers which must be considered. Moreover, the adding of further plaintiffs must, at some point in the decade-long existence of this action, come to an end. These are among the factors which I considered in denying the adjournment. However, in recognition of the serious nature of an application to strike out, which may deprive litigants of their day in court, I allowed counsel for the plaintiffs the opportunity to file a written argument following the hearing and opportunity for defence counsel to file a written reply. As it turned out,

## L'ANALYSE

Requête en ajournement présentée par les demandeurs

[10] Au début des deux jours d'audition de la requête, à une date que le juge en chef adjoint avait fixée cinq mois auparavant dans une directive, les demandeurs ont cherché à obtenir un ajournement, soit à une date indéterminée, soit pour une période de 90 jours. Les demandeurs alors en cause souhaitaient obtenir cet ajournement pour examiner les requêtes de la défenderesse, étudier la jurisprudence, et avoir le temps d'aviser un nouveau groupe d'éventuels demandeurs composé des propriétaires de lots dans le cimetière Elmwood, dont un bord est grugé par la rivière Rouge, et de recevoir les instructions de ce nouveau groupe. J'ai autorisé les demandeurs à déposer un affidavit à l'appui de leur demande d'ajournement: cet affidavit ne vaut qu'à cette fin. J'ai accordé peu de poids à certains éléments contenus dans cet affidavit. Les avocats de la défenderesse n'ont pas contesté la requête en ajournement, mais je l'ai néanmoins rejetée.

[11] Les requêtes de la défenderesse, vieilles d'environ quatre ans et entendues après un préavis de cinq mois, n'ont pris personne au dépourvu. Une volumineuse jurisprudence est invoquée à l'appui des requêtes, mais cette jurisprudence et l'argumentation écrite sont en grande partie celles auxquelles on pouvait s'attendre. Les quelques décisions judiciaires moins connues qui sont invoquées ne soulèvent pas de question inédite.

[12] Un ajournement qui ne cause aucun préjudice à l'une ou l'autre partie est souvent approprié. Il ne fait aucun doute que les tribunaux ont été constitués pour servir les parties au litige. Toutefois, il faut aussi prendre en compte le coût qu'un ajournement entraîne pour les contribuables. De plus, dans une instance qui dure depuis dix ans, il faut un jour mettre un terme à l'ajout de nouveaux demandeurs. Ce sont des facteurs dont j'ai tenu compte pour refuser l'ajournement. Conscient de la gravité d'une demande de radiation qui risque de priver les parties de leur droit d'être entendues, j'ai autorisé les avocats des demandeurs à déposer des observations écrites après l'audition, et les avocats de la défenderesse, à y répondre par écrit.

counsel for the defendant finished their submissions and counsel for the plaintiffs began theirs, but were unable to complete them at that time, thus an adjournment before the balance of the motion could be heard.

[13] In the interim, before the resumption of the hearing, the plaintiffs decided that the Markesteyn Estate would carry on as the sole plaintiff. Thus the defendant's arguments, based on the representative aspect of the action, do not have to be dealt with. I now turn to the issue of damages for prospective injury.

#### Damages for Prospective Injury

[14] The 1999 amended statement of claim sets out, in paragraph 15(f), a plea for relief in the form of damages for prospective injury:

Damages for prospective injury to the land of the Estate of Valerie Joan Markesteyn;

The defendant submits that damages are not recoverable as pleaded, or at all, first because they constitute a continuing cause of action and second, because the plaintiff does not allege that the tortious conduct is permanent and cannot be discontinued. The approach of the defendant is by way of analogy, comparing what happened here to cases involving subsidence to land caused by excavation on adjoining land.

[15] Looking at this in a little more detail, the plaintiff alleges, in paragraph 12, that the dam has been a nuisance in the past and continues to cause unreasonable interference with the use and enjoyment of the plaintiff's land. This is also reflected in paragraph 13 in which the plaintiff set out that the dam has been negligently operated in the past and continues to be operated in that negligent manner. Here I would note that paragraph 15(a) seeks declaratory relief to the effect that the defendant has created a continuing nuisance and paragraph 15(c), a declaration that the defendant has not only interfered, but also

Finalement, les avocats de la défenderesse ont terminé leur plaidoirie et les avocats des demandeurs ont entamé la leur, mais n'ont pas été en mesure de la terminer à ce moment-là, d'où l'ajournement que j'ai accordé avant la fin de l'audition de la requête.

[13] Dans l'intervalle, avant la reprise de l'audition, les demandeurs ont décidé que la succession Markesteyn poursuivrait l'instance en qualité d'unique demanderesse. Par conséquent, il n'est pas nécessaire d'examiner les arguments de la défenderesse fondés sur le caractère collectif de la procédure. J'étudierai maintenant la question des dommages-intérêts pour préjudice à venir.

#### Les dommages-intérêts pour préjudice à venir

[14] La déclaration modifiée de 1999 comporte, à l'alinéa 15f), une demande de réparation sous forme de dommages-intérêts pour préjudice à venir:

[TRADUCTION] Des dommages-intérêts pour préjudice à venir causé au bien-fonds de la succession de Valerie Joan Markesteyn;

La défenderesse fait valoir que les dommages ne peuvent donner lieu à réparation tels qu'ils sont plaidés, ni autrement, premièrement, d'abord parce qu'ils constituent une cause d'action continue et, deuxièmement, parce que la demanderesse n'allègue pas que la conduite délictuelle est permanente et ne peut être interrompue. La défenderesse procède par analogie, comparant ce qui s'est produit en l'espèce aux affaires mettant en cause l'affaissement du sol causé par l'excavation d'un bien-fonds contigu.

[15] Un examen plus détaillé révèle que la demanderesse soutient, au paragraphe 12, que le barrage a constitué une nuisance par le passé et qu'il continue d'entraver déraisonnablement l'usage et la jouissance de son bien-fonds. Cela ressort aussi du paragraphe 13 dans lequel la demanderesse affirme que le barrage a été exploité de façon négligente par le passé et qu'il continue d'être exploité de la même manière négligente. Je tiens à préciser ici que l'alinéa 15a) sollicite le prononcé d'un jugement déclaratoire portant que la défenderesse a créé une nuisance continue et que l'alinéa 15c) sollicite un jugement déclaratoire portant



continues to interfere with the plaintiff's riparian rights.

[16] Counsel for the defendant also refers to paragraphs 5 and 8 of the statement of claim as having a future or continuing aspect, however I do not read them as allegations of a continuing wrong, but rather that they stand as explaining the mechanism and effects of the past negligence and nuisance.

[17] The conventional approach to damages is that when damages are awarded as a result of a single cause of action, the measure of damages includes not only a reimbursement for what has happened from when the cause of action arose and up until the action was begun, but it will also include a measure of damages for future or perspective damage. *McGregor on Damages*, 16th ed., 1997, Sweet & Maxwell, London, at page 272, gives an illustration of this principle:

Perhaps the commonest illustration of the rule is an action for personal injuries where every day damages are awarded which take into account prospective pain and suffering, prospective loss of amenities of life, prospective medical expenses and prospective loss of earnings.

Putting this concept into the present context and assuming that the Markesteyn Estate were successful, a trial judge might well award damages taking into account prospective loss of earnings on the property caused by the present loss of land through erosion.

[18] McGregor then considers the situation in which there is a continuing wrong lying in the future, at page 273:

But where there is a continuing wrong, and to a lessor extent where there is a single act causing separate damage on two separate occasions, the further causes of action lie still in the future and, therefore, it is impossible to bring an action to recover for prospective loss even if it is foreseeable. The rule here is that where a single act constitutes a continuing wrong, damages at common law can only be

que non seulement la défenderesse a porté atteinte aux droits de riverain de la demanderesse, mais qu'elle continue de leur porter atteinte.

[16] Les avocats de la défenderesse mentionnent aussi que les paragraphes 5 et 8 de la déclaration comportent un aspect futur ou continu; je ne les interprète toutefois pas comme des allégations de préjudice continu, mais plutôt comme une explication du mécanisme et des effets de la négligence et de la nuisance passées.

[17] Selon la façon traditionnelle d'aborder la question des dommages-intérêts, si la Cour accorde des dommages-intérêts résultant d'une seule cause d'action, le montant des dommages-intérêts inclut non seulement un montant en compensation du préjudice subi entre le moment où la cause d'action a pris naissance et l'introduction de l'action, mais aussi un montant au titre du préjudice futur ou à venir. On trouve un exemple de ce principe dans *McGregor on Damages*, 16<sup>e</sup> éd., 1997, Sweet & Maxwell, Londres, à la page 272:

[TRADUCTION] L'exemple peut-être le plus commun de cette règle est une action pour lésions corporelles dans laquelle sont accordés quotidiennement des dommages-intérêts qui tiennent compte de la douleur et des souffrances à venir, de la perte de jouissance de la vie à venir, des frais médicaux à venir et des gains à venir.

Si l'on replace ce concept dans le présent contexte et si l'on présume que la succession Markesteyn a gain de cause, un juge de première instance pourrait très bien accorder des dommages-intérêts qui tiennent compte de la perte à venir de gains tirés du bien en raison de la perte actuelle du bien-fonds causée par l'érosion.

[18] McGregor étudie ensuite le cas d'un acte fautif continu à venir, à la page 273:

[TRADUCTION] Toutefois, dans le cas d'un acte fautif continu et, dans une moindre mesure, d'un acte unique causant un préjudice distinct à deux occasions différentes, les nouvelles causes d'actions demeurent futures; il est donc impossible d'intenter une action pour obtenir compensation d'une perte à venir, même si elle est prévisible. La règle alors applicable est la suivante: lorsqu'un acte unique constitue un acte fautif

awarded in respect of loss accruing before the commencement of the action by issue of the writ.

McGregor founds this proposition on *Battishill v. Reed* (1856), 18 C.B. 696; 139 E.R. 1544, an instance in which eaves and gutter of the defendant's building overhung into the plaintiff's property. In effect the Court of Appeal held that only loss up to the commencement of the action, not future loss if the defendant continued to pour water on to the plaintiffs property, might be awarded.

[19] In the present instance we do not have one incident giving rise to the present and future damages, as in the above personal injury example from McGregor, but rather a situation of a continuing wrong, that of possible successive year to year ongoing erosion of the plaintiff's property where it abuts the river. It is a situation in which the further causes of action for erosion damage lie in the future. The rationale for the rule, that where there is a continuing wrong damages may only be awarded to the date of commencement of the action, is not so much whether the plaintiff might sue now for prospective damage, but whether the plaintiff could bring a second action for loss arising after the first action:

Thus, first, in the case of a continuing wrong the corollary of the proposition that damages for prospective loss cannot be awarded is the proposition that a fresh cause of action arises with every minute and that future damage can be sued for as often as it accrues. Indeed practically all the cases dealing with whether there is a continuing wrong or not are concerned with the latter proposition; in order words, the question was not whether or not the plaintiff could sue now for prospective damage but whether he could bring a second action for loss arising after his first action. [*McGregor on Damages, supra*, at page 277.]

By way of example, McGregor refers to *Holmes v. Wilson* (1839), 10 Ad. & E. 503; 113 E.R. 190 (on

continu, la common law ne permet l'octroi de dommages-intérêts que pour le préjudice survenu avant l'introduction de l'action par la délivrance du bref.

McGregor appuie son hypothèse sur l'arrêt *Battishill v. Reed* (1856), 18 C.B. 696; 139 E.R. 1544, une affaire dans laquelle l'avant-toit et la gouttière de l'édifice du défendeur surplombaient le bien-fonds du demandeur. La Cour d'appel a alors effectivement statué que le demandeur ne pouvait obtenir réparation que pour la perte subie jusqu'à l'introduction de l'action, et non pour la perte future qui surviendrait si le défendeur continuait à déverser de l'eau sur le bien-fonds du demandeur.

[19] En l'espèce, la Cour n'est pas saisie d'un incident unique causant un préjudice présent et futur, comme dans le cas des lésions corporelles citées en exemple par McGregor, mais plutôt d'un acte fautif continu, c'est-à-dire de la possibilité que le bien-fonds attendant à la rivière dont la demanderesse est propriétaire s'érode continuellement, année après année. Dans ce cas, les nouvelles causes d'actions fondées sur les dommages dus à l'érosion demeurent futures. La règle selon laquelle, dans le cas d'un acte fautif continu, seuls les dommages subis avant l'introduction de l'action peuvent donner lieu à réparation tient non pas à la question de savoir si le demandeur peut engager une poursuite maintenant relativement à un préjudice à venir, mais à celle de savoir s'il pourrait intenter une deuxième action relativement à un préjudice postérieur à la première action:

[TRADUCTION] Ainsi, premièrement, dans le cas d'un acte fautif continu, le corollaire de la proposition selon laquelle l'octroi de dommages-intérêts pour un préjudice à venir n'est pas possible veut qu'une nouvelle cause d'action prenne naissance chaque minute et que le préjudice futur puisse donner lieu à une poursuite aussi souvent qu'il survient. En effet, pratiquement toutes les décisions portant sur l'existence ou l'inexistence d'un acte fautif continu mettent en jeu cette dernière proposition; en d'autres termes, la question à trancher n'est pas celle de savoir si le demandeur peut engager maintenant une poursuite fondée sur un préjudice à venir, mais celle de savoir s'il pourrait intenter une deuxième action pour obtenir réparation d'un préjudice postérieur à la première action. [*McGregor on Damages, précité*, à la page 277.]

À titre d'exemple, McGregor mentionne l'arrêt *Holmes v. Wilson* (1839), 10 Ad. & E. 503; 113 E.R.

appeal from Q.B.) in which there was a continuing wrong, that of a continuing placement of portions of a building over a property line. McGregor contrasts this with a situation in *Clegg v. Dearden* (1848), 12 Q.B. 576, where the trespass was by way of making a breach into a mine through which water flowed and continued to flow. However, in that case, it was held that since the breach opening itself did not amount to a continuing trespass, a recovery, in an initial action for making the breach, barred recovery of a claim for subsequent damage by reason of the breach remaining open and the water continuing to flow. Here the distinction is that in *Holmes* the building might have been torn down or modified in the future and the trespass thus brought to an end, whereas in the second instance, the damage was done for all time and the compensation was for all time. In the present instance there are any number of factors which might cause the destruction of the plaintiff's foreshore to stop at some time in the future, thus it is a continuing cause of action, from year to year.

[20] This sort of a distinction was made and indeed many earlier cases applied, including *Holmes v. Wilson*, in *Toronto General Trusts Corp. v. Roman*, [1963] 1 O.R. 312, a decision of the Ontario Court of Appeal, involving wrongful detention of securities. There the Court, in essence, refused to award damages in anticipation of what a certain share value might become, but rather looked at the highest share value down to the time of the action.

[21] Also pertinent is *Montreal Street Ry. Co. v. Boudreau* (1905), 36 S.C.R. 329, in which the majority of the Court, citing the standard English 19th century cases, makes the point that future damages cannot be assumed from the manner in which heavy machinery in a power-house, for the operation of an electric tramway, had been installed, for the nuisance might, at any time, be abated by improvements in the system, or indeed, by the discontinuance of negligent acts of which the plaintiff had complained. In the result damages could not be awarded in a lump sum

190 (en appel du Banc de la Reine) portant sur un acte fautif continu, c'est-à-dire l'empiètement continu de parties d'un édifice sur la limite d'un bien-fonds. McGregor met cette situation en contraste avec celle en cause dans *Clegg v. Dearden* (1848), 12 Q.B. 576, où l'atteinte consistait en l'ouverture d'une brèche dans une mine, par laquelle l'eau s'écoulait et continuait de s'écouler. Toutefois, dans ce cas, le tribunal a décidé que, l'ouverture de la brèche ne constituant pas en soi une atteinte continue, la réparation accordée dans une première action fondée sur l'ouverture de la brèche faisait obstacle à toute demande de réparation pour un préjudice ultérieur dû au fait que la brèche demeurait ouverte et que l'eau continuait de couler. Voici la distinction qu'il faut faire: dans *Holmes*, l'édifice aurait pu être démoli ou modifié plus tard, de sorte que l'atteinte aurait pris fin, alors que dans la deuxième affaire, le préjudice avait été causé une fois pour toutes et l'indemnisation accordée une fois pour toutes. En l'espèce, il existe on ne sait combien de facteurs en raison desquels la destruction de la grève de la demanderesse pourrait être interrompue n'importe quand à l'avenir; la cause d'action se perpétue donc, d'année en année.

[20] La Cour d'appel de l'Ontario a fait ce type de distinction et a, de fait, appliqué de nombreuses décisions, dont *Holmes v. Wilson*, dans l'arrêt *Toronto General Trusts Corp. v. Roman*, [1963] 1 O.R. 312, qui portait sur la détention illégale de valeurs mobilières. Dans cette affaire, la Cour a essentiellement refusé d'accorder des dommages-intérêts en fonction du montant que pourrait atteindre la valeur d'une action et a plutôt tenu compte de la valeur la plus élevée atteinte au début de la procédure.

[21] L'arrêt *Montreal Street Ry. Co. v. Boudreau* (1905), 36 R.C.S. 329, est aussi pertinent. Dans cette affaire, la Cour, à la majorité, a cité la jurisprudence anglaise type du 19<sup>e</sup> siècle et statué qu'on ne pouvait présumer des dommages futurs à partir de la manière dont de la machinerie lourde avait été installée dans une centrale de tramway électrique, car la nuisance pouvait être éliminée à tout moment si des améliorations étaient apportées au système ou, en fait, si les actes de négligence dont la demanderesse se plaignait, cessaient. Par conséquent, il n'était pas possible

for the past, present and future, even if that might be sensible in order to avoid successive litigation, for the action, one in tort and negligence, gave rise to a series of torts which might be brought to an end by the defendant discontinuing or modifying its operation (see pages 342 and 345).

[22] Counsel for the defendant, in pursuing this same argument, refers to various early cases which lead up to a fairly recent Manitoba Court of Queen's Bench decision: this analysis is worth setting out.

[23] Counsel points to one of the earliest cases involving land subsidence, *Lamb v. Walker* (1878), 3 Q.B.D. 389 (C.A.), in which the defendant's coal mine and an excavation removed the lateral support to the plaintiff's land, causing subsidence. The trial Judge ordered a reference as to damages, including future damages. The Court of Appeal upheld that decision, Chief Justice Cockburn dissenting, pointing out at pages 399-400, that he was unable to agree that anticipated damages were proper, for they might never arise. In *Darley Main Colliery Company v. Mitchell* (1886), 11 A.C. 127, the majority of the House of Lords overturned the decision in *Lamb*, explicitly preferring the dissenting view of Chief Justice Cockburn. At issue in *Darley Main Colliery* was whether an action against the lessees of an unused colliery could hide behind a six-year limitation: the majority of the House of Lords held that the cause of action for the subsidence did not arise until the subsidence actually occurred and thus the plaintiff could maintain his action, notwithstanding that six years had elapsed since the defendant's colliery had last been worked.

[24] The next case in this line is *West Leigh Colliery Company v. Tunnicliffe & Hampson, Ltd.*, [1908] A.C.

d'accorder des dommages-intérêts sous forme de somme globale pour le passé, le présent et le futur, même si cette solution pouvait logiquement éviter des instances successives, car l'action, fondée sur la responsabilité délictuelle et la négligence, visait une série d'actes fautifs auxquels le défendeur pouvait mettre fin en interrompant ou en modifiant ses activités (voir les pages 342 et 345).

[22] Les avocats de la défenderesse invoquent, à l'appui de ce même argument, différentes causes anciennes qui ont mené à un jugement assez récent de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba: cette analyse mérite d'être mentionnée.

[23] Les avocats mentionnent l'une des affaires les plus anciennes portant sur un cas d'affaissement, *Lamb v. Walker* (1878), 3 Q.B. 389 (C.A.), dans laquelle la mine de charbon du défendeur et des travaux d'excavation ont amputé le terrain du demandeur de son soutien latéral, ce qui a causé son affaissement. Le juge de première instance a ordonné la tenue d'un renvoi pour l'évaluation des dommages, y compris les dommages futurs. La Cour d'appel a confirmé cette décision; le juge en chef Cockburn, dissident, a souligné, aux pages 399 et 400, qu'il ne pouvait être d'accord pour dire qu'il convenait d'accorder réparation pour des dommages futurs qui ne surviendraient peut-être jamais. Dans l'arrêt *Darley Main Colliery Company v. Mitchell* (1886), 11 A.C. 127, la Chambre des lords a écarté l'arrêt *Lamb*, à la majorité, en exprimant explicitement sa préférence pour l'opinion dissidente du juge en chef Cockburn. La question en litige dans l'affaire *Darley Main Colliery* était celle de savoir si un délai de prescription de six ans pouvait être opposé à une action dirigée contre les locataires d'une mine de charbon inexploitée: la Chambre des lords a statué, à la majorité, que la cause d'action fondée sur l'affaissement n'avait pas pris naissance avant que l'affaissement ne se produise réellement et que le demandeur pouvait donc poursuivre son action, même s'il s'était écoulé plus de six ans depuis que la mine de charbon avait été exploitée pour la dernière fois.

[24] La cause suivante de cette jurisprudence émane aussi de la Chambre des lords. Dans l'arrêt *West Leigh*

27, again a decision of the House of Lords, in which Lord Ashbourne, at page 32, denied prospective damage, pointing out that an owner might bring a fresh action for damage caused by each fresh land subsidence. Lord Atkinson, concurring, pointed out that there might not be damages for depreciation, based on future subsidence, for it was the subsidence, not the removal of the underpinnings, which gave rise to the right of action (at page 33):

In my view, to give damages for depreciation in the market value due to the apprehension of future injury by subsidence is to give damages for a wrong which has never been committed, since it is the damage caused by subsidence, and not the removal of minerals, which gives the right of action.

This is a hard line indeed, for Lord Atkinson's analysis would not give damages for an actual drop in market value resulting from an apprehension of future injury. However the law is also established that a future holder of land, subject to subsidence through removal of support by someone else at an earlier time, can sue on each subsidence.

[25] To bring this line of cases up to date is the useful decision in *Bjarnarson (H.R.) v. Manitoba* (1990), 68 Man. R. (2d) 161, a decision of the Manitoba Court of Queen's Bench, involving flooding and a reduction in value of the land in apprehension of future flooding. There the Court referred to virtually all of the standard English cases on prospective damages, including *Lamb v. Walker, Darley Main Colliery* and *West Leigh Colliery* and to more recent Canadian authorities as decisions reflecting the present law in Canada, that no claim might be made for a reduction in the value of land as a result of an apprehension of future flooding: see page 166.

[26] In the present instance, future damages cannot be awarded in anticipation of what might or might not happen through some negligent operation of the dam

*Colliery Company v. Tunnicliffe & Hampson, Ltd.*, [1908] A.C. 27, le lord Ashbourne a refusé, à la page 32, d'accorder réparation pour un préjudice à venir, en soulignant qu'un propriétaire pouvait tenter une nouvelle action pour le préjudice imputable à tout nouvel affaissement du sol. Lord Atkinson, qui était du même avis, a précisé qu'il n'était peut-être pas possible d'accorder des dommages-intérêts pour la dépréciation imputable à l'affaissement futur, car c'était l'affaissement et non l'enlèvement du soutien qui donnait naissance au droit d'action (à la page 33):

[TRADUCTION] À mon avis, accorder des dommages-intérêts pour la diminution de la valeur marchande imputable à la crainte d'un préjudice futur causé par l'affaissement revient à accorder des dommages-intérêts pour un acte fautif qui n'a jamais été commis, car c'est le préjudice causé par l'affaissement et non l'enlèvement des minéraux qui donne naissance à la cause d'action.

Cette jurisprudence est sévère, car l'analyse effectuée par le lord Atkinson écarterait l'octroi de dommages-intérêts pour une diminution réelle de la valeur marchande due à la crainte d'un préjudice futur. Toutefois, il est aussi bien établi en droit que le détenteur futur d'un bien-fonds peut engager une poursuite pour chaque affaissement, à condition qu'il soit dû à l'enlèvement antérieur d'un soutien par une autre personne.

[25] La décision *Bjarnarson (H.R.) v. Manitoba* (1990), 68 Man. R. (2d) 161, de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba, est utile pour mettre à jour ce courant jurisprudentiel. Elle portait sur une inondation et la diminution de valeur d'un bien-fonds due à la crainte d'une inondation future. La Cour a mentionné pratiquement toutes les décisions anglaises types en matière de dommages à venir, dont les décisions *Lamb v. Walker, Darley Main Colliery* et *West Leigh Colliery*, ainsi que des décisions canadiennes plus récentes qui reflètent l'état actuel du droit au Canada, selon lequel il n'est pas possible de demander réparation pour la diminution de la valeur d'un terrain résultant de la crainte d'une inondation future: voir à la page 166.

[26] En l'espèce, le préjudice futur ne peut donner lieu à réparation en prévision de ce qui pourrait ou ne pourrait pas se produire à la suite de négligence dans

in controlling the water level, in front of the plaintiff's property, from year to year. The law is so well settled on this point that the plaintiff's action, in this respect, is futile: it is an aspect on which, plainly and obviously, the plaintiff cannot succeed.

#### Cause of Action in Negligence

[27] The defendant next submits that, to the extent the plaintiff's claim is in negligence, the pleading is faulty and ought to be struck out. The amended statement of claim sets out a detailed background and then pleads negligence and nuisance on the part of the defendant, followed by a plea of violation of the riparian right to enjoy the Red River in a natural state, free from property injury by reason of interference with the natural flow of the river.

[28] Paragraph 13 contains the plea of negligence:

The defendant is under a duty to the plaintiff to exercise care or cause care to be exercised in the operation of the Dam but in fact the Dam has been operated and continues to be operated in a negligent manner as herein before described, with resulting injury to the plaintiff's lands.

When this motion was argued an initial reference to the construction of the dam in paragraph 13, became contentious. The plaintiff's intent was to remove that concept from the amended statement of claim. I therefore ordered the words "constructed and" struck out.

[29] The pertinent point, as to negligence, is the makeup or the nature of the breach of duty, for it is the defendant's view that it is unable to determine from the statement of claim whether the conduct complained of arises from a policy decision or from the operational implementation of that policy. The basic principle for this distinction is set out in *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228, at pages 1239-1241, being that government policy decisions are exempt from tortious claims, but the implementation of those decisions, if negligent, may well be subject to proper claims against the government in tort:

l'exploitation du barrage pour contrôler le niveau de l'eau d'année en année devant le bien-fonds de la demanderesse. Le droit est tellement bien établi à cet égard que l'action de la demanderesse, sur ce point, est futile: c'est un aspect sur lequel il est évident que la demanderesse ne peut avoir gain de cause.

#### La cause d'action fondée sur la négligence

[27] La défenderesse fait valoir ensuite que, dans la mesure où la demande de la demanderesse est fondée sur la négligence, son acte de procédure est incorrect et doit être radié. La déclaration modifiée décrit le contexte en détail et soutient que la défenderesse a fait preuve de négligence et de nuisance, avant d'alléguer une atteinte au droit de riverain à la jouissance de la rivière Rouge à l'état naturel, sans préjudice au bien-fonds causé par une entrave à l'écoulement naturel de la rivière.

[28] Le paragraphe 13 expose le moyen fondé sur la négligence:

[TRADUCTION] La défenderesse a l'obligation envers la demanderesse d'exploiter le barrage ou de veiller à ce qu'il soit exploité avec prudence, alors que le barrage a été et continue d'être exploité de la façon négligente décrite plus haut, ce qui a causé un préjudice au bien-fonds de la demanderesse.

Lorsque la requête a été plaidée, la mention initiale de la construction du barrage au paragraphe 13 est devenue litigieuse. La demanderesse avait l'intention de rayer ce concept de la déclaration modifiée. J'ai donc ordonné que les mots [TRADUCTION] «construit et» soient radiés.

[29] L'élément pertinent pour ce qui est de la négligence est ce en quoi consiste le manquement à une obligation ou la nature de ce manquement, car la défenderesse estime ne pas être en mesure de déterminer, à partir de la déclaration, si la conduite reprochée découle d'une décision de politique ou de la mise en œuvre opérationnelle de cette politique. Le principe fondamental sur lequel repose cette distinction est énoncé dans l'arrêt *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228, aux pages 1239 à 1241, et veut que les décisions de politique gouvernementale soient à l'abri d'un recours en responsabilité délictuelle, mais

Over the passage of time the increased government activities gave rise to incidents that would have led to tortious liability if they had occurred between private citizens. The early governmental immunity from tortious liability became intolerable. This led to the enactment of legislation which in general imposed liability on the Crown for its acts as though it were a person. However, the Crown is not a person and must be free to govern and make true policy decisions without becoming subject to tort liability as a result of those decisions. On the other hand, complete Crown immunity should not be restored by having every government decision designated as one of the "policy". Thus the dilemma giving rise to the continuing judicial struggle to differentiate between "policy" and "operation" . . . .

The dividing line between "policy" and "operation" is difficult to fix, yet it is essential that it be done . . . .

. . . .

The need for distinguishing between governmental policy decision and its operational implementation is thus clear. True policy decisions should be exempt from tortious claims so that governments are not restricted in making decisions based upon social, political or economic factors. However, the implementation of those decisions may well be subject to claims in tort.

The defendant's point here is that the amended statement of claim does not specify exactly what action or lack of action constitutes the breach of duty which the plaintiff says is owed. That being the case, the defendant says she is unable to determine whether the impugned conduct arises from a pure policy decision, for which the Crown cannot be liable, or from an operational problem in the implementation of the policy, which may give rise to liability. If one reads paragraph 13 in isolation, this may be an arguable point. However one must read the pleading as a whole, including the background as to the undermining of the bank and then the draining of water from behind the dam in preparation for winter, causing a loss of support and thus a falling in of and an enhanced erosion of the riverbank. Whether this is the result of policy on the part of the Crown in the way in which the water level is managed, or an operational

que la mise en œuvre de ces décisions, si elle est entachée de négligence, puisse donner lieu à un recours en matière délictuelle contre le gouvernement:

Cette présence gouvernementale accrue a donné naissance à des incidents qui auraient entraîné une responsabilité civile délictuelle s'ils étaient survenus entre particuliers. L'immunité gouvernementale initiale en matière de responsabilité délictuelle était devenue intolérable. C'est pourquoi des lois ont été adoptées pour imposer de façon générale à la Couronne la responsabilité de ses actes comme si elle était une personne. Cependant, la Couronne n'est pas une personne et elle doit pouvoir être libre de gouverner et de prendre de véritables décisions de politique sans encourir pour autant une responsabilité civile délictuelle. On ne saurait, par contre, restaurer l'immunité complète de la Couronne en qualifiant de «politique» chacune de ses décisions. D'où le dilemme qui a donné lieu à l'incessante bataille judiciaire autour de la différence entre «décision de politique» et «décision opérationnelle» [. . .]

Il est difficile d'établir la ligne de démarcation entre le «politique» et l'«opérationnel», mais il est essentiel de le faire [. . .]

[. . .]

La nécessité d'établir une distinction entre une décision de politique gouvernementale et sa mise en œuvre opérationnelle est donc évidente. Les véritables décisions de politique devraient être à l'abri de poursuites en responsabilité délictuelle, de sorte que les gouvernements soient libres de prendre leurs décisions en fonction de facteurs sociaux, politiques ou économiques. Cependant l'application de ces décisions peut fort bien engager la responsabilité.

L'argument de la défenderesse à cet égard porte que la déclaration modifiée ne précise pas avec exactitude quelle action ou omission constitue un manquement à l'obligation que la demanderesse allègue. Pour cette raison, la défenderesse se dit incapable de déterminer si la conduite reprochée découle d'une décision de politique pure, à l'égard de laquelle la responsabilité de la Couronne ne peut être retenue, ou d'un problème opérationnel dans la mise en œuvre de la politique, qui peut engager sa responsabilité. Il ressort du paragraphe 13, lu isolément, qu'il s'agit d'un argument défendable. Il faut toutefois lire l'acte de procédure comme un tout, ce qui inclut le contexte quant au sapement de la berge et à l'évacuation de l'eau en amont du barrage en prévision de l'hiver, éléments qui auraient causé la perte de soutien et, partant, l'effondrement et l'érosion accrue de la berge. La question de savoir s'il faut attribuer ces effets à une politique

neglect which may be rectified, is a dilemma. While it also may well be a question for the Court to differentiate between policy and operation, it is not grounds on which to strike out this provision from the statement of claim under any of the rule 221 standards. On balance the defendant has enough information in order to plead to the statement of claim. If, following close of pleadings and any discovery, the defendant can still point to a lack of factual knowledge there then might be a case for particulars for trial. However, at this point, the defendant has enough information to allow the drafting of a defence and indeed the defendant may well have more information, as to the policy of water management and the operation of the dam than does the plaintiff. I now turn to the difficulty which the defendant professes to have in responding to the plea of nuisance.

#### Cause of Action in Nuisance

[30] Nuisance is perhaps an ambiguous concept, in the past sometimes referring to the conduct of a party, or to the results of the conduct, or to the results of conduct such as are actionable: see for example the judgment of Chief Justice Erle, appended to *Brand v. Hammersmith and City Railway Company* (1867) L.R. 2 Q.B. 223, at page 247. Linden on *Canadian Tort Law*, 6th ed., 1997, Butterworths, introduces a modern clarification to the effect that it is a description of the harm suffered, not of conduct that is forbidden (at page 523):

Nuisance is a field of liability. It describes a type of harm that is suffered, rather than a kind of conduct that is forbidden. In general, a nuisance is an unreasonable interference with the use and enjoyment of land by its occupier or with the use and enjoyment of a public right to use and enjoy public rights of way. For the most part, whether the intrusion resulted from intentional, negligent or non-faulty conduct is of no consequence, as long as the harm can be categorized as a nuisance.

de la Couronne quant à la manière dont elle gère le niveau de l'eau, ou encore à une négligence opérationnelle qui peut être corrigée, pose un dilemme. Bien que la Cour puisse aussi être appelée à faire la différence entre la politique et la mise en œuvre, cela ne constitue pas un motif qui justifierait la radiation de cette disposition de la déclaration modifiée, selon les normes d'application de la règle 221. Tout compte fait, la défenderesse possède suffisamment d'information pour répondre à la déclaration. Si, à l'issue de la plaidoirie écrite et de toute enquête préalable, la défenderesse pouvait encore démontrer qu'elle n'est pas suffisamment au courant des faits, il se pourrait qu'une demande de précisions en vue de l'instruction soit justifiée. Toutefois, pour l'instant, la défenderesse possède suffisamment d'information pour pouvoir rédiger une défense et il se pourrait, en fait, que la défenderesse possède davantage d'information que la demanderesse en ce qui a trait à la politique de gestion du niveau de l'eau et à l'exploitation du barrage. J'examinerai maintenant la prétention de la défenderesse qu'il lui est difficile de répondre au moyen fondé sur la nuisance.

#### La cause d'action fondée sur la nuisance

[30] La nuisance est peut-être un concept ambigu, car il a parfois renvoyé à la conduite d'une partie, à la conséquence de cette conduite, ou à la conséquence de cette conduite pouvant donner lieu à une poursuite judiciaire: voir, par exemple, le jugement du juge en chef Erle, joint à l'arrêt *Brand v. Hammersmith and City Railway Company* (1867) L.R. 2 Q.B. 223, à la page 247. L'ouvrage du juge Linden, intitulé *La responsabilité civile délictuelle*, 1988, les Éditions Yvon Blais, clarifie le droit moderne sur la question en précisant que c'est le préjudice subi qui est interdit, et non la conduite (à la page 601):

La nuisance est un champ de responsabilité. Il s'agit d'un type de préjudice subi plutôt que d'un genre de conduite interdite. En général, une nuisance est un trouble déraisonnable de l'utilisation et de la jouissance d'un bien-fonds par son occupant ou de la jouissance d'un droit que le public a d'utiliser et de bénéficier de droits de passage. Dans la plupart des cas, il importe peu que le trouble soit la conséquence d'une conduite intentionnelle, d'une négligence ou d'un comportement innocent: il suffit que le préjudice puisse appartenir à la catégorie des nuisances.



Linden points out that the underlying concept is that you ought to use your own property in a way which will not injure your neighbour. The plaintiff's amended pleading of nuisance in the statement of claim reflects this concept:

12. The Dam is a nuisance which has caused and continues to cause unreasonable interference with the use and enjoyment of the plaintiff's lands.

...

15. The plaintiff therefore claims:

- (a) A declaration that the defendant, in operating the Dam, has created a continuing nuisance with consequent damage to the plaintiff;

The defendant has two difficulties with nuisance as pleaded. First the defendant says that there is liability for nuisance only when it can be shown that an identified Crown servant was the agent of the nuisance; and second, that the Crown is not liable for nuisance under section 3 of the *Crown Liability and Proceedings Act*, in any event. For the purpose of striking out the provision I put no weight on the argument that absent notice within seven days after the claim arose the plaintiff failed to give notice pursuant to section 12 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 23] of the *Crown Liability and Proceedings Act*, a point to which I will briefly return in due course.

[31] The concept that a specific servant of the Crown must be identified in order that the Crown be liable was, at one time, valid. However, in *Queen, The v. Levy Brothers Company Limited and the Western Assurance Company*, [1961] S.C.R. 189, the Supreme Court of Canada laid this concept to rest. Mr. Justice Ritchie, writing for the Court, agreed that one or more Crown employees had stolen a piece of mail, a parcel of diamonds and converted them. In the result the Crown was held vicariously liable for the tort of an unknown Crown servant. Thus, although it may make

Le juge Linden souligne que le concept sous-jacent veut que l'on soit tenu d'utiliser son bien-fonds de façon à ne pas causer de préjudice à son voisin. L'allégation modifiée de nuisance formulée par la demanderesse dans sa déclaration tient compte de ce concept:

[TRADUCTION] 12. Le barrage constitue une nuisance qui a causé et continue de causer un trouble déraisonnable de l'utilisation et de la jouissance du bien-fonds de la demanderesse.

[. . .]

15. La demanderesse sollicite en conséquence:

- a) un jugement déclaratoire portant que la défenderesse a, par son exploitation du barrage, créé une nuisance continue qui cause un préjudice à la demanderesse.

Selon la défenderesse, le moyen fondé sur la nuisance, telle qu'il est plaidé, pose problème à deux égards. La défenderesse affirme premièrement que la nuisance n'engage la responsabilité que lorsqu'il peut être démontré qu'un préposé de la Couronne, bien identifié, a créé la nuisance et, deuxièmement, que la responsabilité de la Couronne ne peut de toute façon être retenue relativement à une nuisance, par application de l'article 3 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*. Pour décider s'il y a lieu de radier cette allégation, je n'accorde aucun poids à l'argument portant qu'en l'absence d'avis dans les sept jours qui ont suivi le fait générateur du litige, la demanderesse n'a pas donné l'avis prévu par l'article 12 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 23] de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, argument auquel je reviendrai brièvement en temps opportun.

[31] Le concept voulant que la responsabilité de la Couronne ne puisse être retenue que si un préposé précis de la Couronne est identifié s'appliquait effectivement à une certaine époque. Toutefois, la Cour suprême du Canada l'a écarté dans l'arrêt *Queen, The v. Levy Brothers Company Limited and the Western Assurance Company*, [1961] R.C.S. 189. Le juge Ritchie, s'exprimant au nom de la Cour, a reconnu qu'un ou plusieurs fonctionnaires avaient volé un colis postal contenant des diamants et l'avaient détourné. En conséquence, la Couronne a été tenue responsable du

such an action more difficult to prove, the identification of the actual tortfeasor is no longer essential: see Hogg on *Liability of the Crown*, 2nd ed., 1989, Carswell, at page 88. Also on point, that a specific negligent officer or servant of the Crown need not be identified in order to succeed in an action against the Crown is *Duncan, Alastair R.C. et al. v. The Queen*, [1966] Ex. C.R. 1080, at page 1107, a decision of President Jackett, followed in *Connery et ux. v. Government of Manitoba*, [1971] 4 W.W.R. 156 (Man. C.A.).

[32] The second objection, that of whether the Crown may be liable for nuisance at all, is a little more involved, but has a very definite answer. Section 3 of the *Crown Liability and Proceedings Act*, *supra*, provides that:

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

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

(b) in respect of a breach of duty attaching to the ownership, occupation, possession or control of property.

The defendant's point here is that the duty set out in paragraph 3(b) does not refer to any duty owed by the Crown to a neighbouring occupier of land pursuant to the law of nuisance, but rather it refers to a duty owed by those who control land, in an occupier's liability situation, to those who enter upon the land. Here counsel refers to *Schenck et al. v. The Queen in right of Ontario* (1982), 40 O.R. (2d) 410 (H.C.) [hereinafter *Schenck (No. 2)*], contending that the Judge in that case was called upon to decide whether liability for nuisance might fall under a provision of *The Proceedings Against the Crown Act*, R.S.O. 1970, c. 365, a provision similar to section 3 of the federal *Crown Liability and Proceedings Act*. Now what Mr. Justice Robins was required to decide in *Schenck (No. 2)* was whether the Crown was entitled to a six-month

fait d'autrui pour le délit commis par un préposé de la Couronne dont l'identité n'était pas connue. Par conséquent, bien que l'identification de l'auteur précis du délit rende le bien-fondé d'une action plus difficile à établir, cela n'est plus essentiel: voir Hogg: *Liability of the Crown*, 2<sup>e</sup> éd., 1989, Carswell, à la page 88. Une autre décision est également pertinente quant à l'absence d'obligation d'identifier un fonctionnaire ou préposé de la Couronne précis, coupable de négligence, pour avoir gain de cause dans une action dirigée contre la Couronne: *Duncan, Alastair R.C. et al. v. The Queen*, [1966] R.C.É. 1080, à la page 1107, une décision du juge Jackett qui a été suivie dans *Connery et ux. v. Government of Manitoba*, [1971] 4 W.W.R. 156 (C.A. Man.).

[32] La deuxième objection, quant à la possibilité même que la Couronne puisse être tenue responsable d'une nuisance, est un peu plus complexe, mais elle peut être tranchée de façon très catégorique. L'article 3 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, précitée, dispose:

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;

b) les manquements aux obligations liées à la propriété, à l'occupation, à la possession ou à la garde de biens.

La défenderesse fait valoir à cet égard que l'obligation visée à l'alinéa 3b) ne renvoie pas à une obligation quelconque qui incomberait à la Couronne envers l'occupant d'un bien-fonds voisin en vertu du droit régissant les nuisances, mais plutôt à une obligation qui incombe aux personnes qui ont la garde d'un bien-fonds, dans une situation qui engage la responsabilité de l'occupant, envers les personnes qui y accèdent. L'avocat se reporte à la décision *Schenck et al. v. The Queen in right of Ontario* (1982), 40 O.R. (2d) 410 (H.C.) [ci-après *Schenck (n° 2)*] et avance que le juge devait décider, dans cette affaire, si une disposition de *The Proceedings Against the Crown Act*, R.S.O. 1970, ch. 365, semblable à l'article 3 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* fédérale, pouvait englober la responsabi-

limitation period or a six-year limitation period. However, in the present instance, the Crown picks up a passage from *Schenck (No. 2)*, in which the Judge doubts that the claim for nuisance is one under paragraph 5(1)(c) of *The Proceedings Against the Crown Act* of Ontario, which referred to a breach of duty attaching to the ownership, occupation, possession or control of property and went on to point out that a breach of duty is not essential to the cause of action asserted in that case. The passage, at page 414, is as follows:

I should perhaps add that I do not agree with counsel for the Crown that the plaintiffs' claim in nuisance can be considered one arising under s. 5(1)(c) in respect of a breach of duty attaching to the ownership or occupation of property. A breach of duty is not essential to the cause of action asserted in this case, the nature of which I have sought to outline in my reasons. It would appear that s. 5(1)(c) was intended, like the similar provision in the *Crown Proceedings Act*, 1947 (U.K.), c. 44, in England, to apply to cases that might generally be described as occupier's liability cases and not to cases such as this where an activity carried on by an owner or occupier of lands causes injury to the neighbouring property.

While one might object to this as an authority for the proposition that there can be no liability in nuisance on the basis that it is gratuitous, or *dicta*, the real objection that I have to it is that in *Schenck et al. v. The Queen in right of Ontario* (1981), 34 O.R. (2d) 595 (H.C.) [hereinafter *Schenck (No. 1)*], Mr. Justice Robins of the Ontario High Court had indeed found the Crown liable in nuisance, referring, to among other provisions, section 5 of *Proceedings Against the Crown Act* of Ontario, although I think, apparently, under the tort aspect of section 5 of *The Proceedings Against the Crown Act* of Ontario.

[33] Now counsel for the Crown goes on to note that *Schenck (No. 2)* was upheld on appeal and that a

lité fondée sur la nuisance. Or, la question que devait trancher le juge Robins dans *Schenck (n° 2)* était celle de savoir si la Couronne pouvait invoquer un délai de prescription de six mois ou de six ans. Toutefois, en l'espèce, la Couronne cite un extrait de la décision *Schenck (n° 2)* dans lequel le juge exprime des doutes quant à savoir si la demande fondée sur la nuisance est visée par l'alinéa 5(1)c) de *The Proceedings Against the Crown Act* de l'Ontario, qui visait un manquement à un devoir découlant de la propriété, de l'occupation, de la possession ou de la garde d'un bien, et souligne qu'un manquement à un devoir n'est pas essentiel pour établir la cause d'action plaidée dans cette cause. Voici cet extrait, à la page 414:

[TRADUCTION] Je devrais peut-être ajouter que je ne suis pas d'accord avec l'avocat de la Couronne pour dire que l'on peut considérer que la demande des demandeurs fondée sur la nuisance est autorisée par l'alinéa 5(1)c) relativement à un manquement à un devoir découlant de la propriété ou de l'occupation d'un bien. Un manquement à un devoir n'est pas essentiel pour établir la cause d'action que les demandeurs font valoir en l'espèce et dont j'ai tenté de décrire la nature dans mes motifs. Il semblerait que l'alinéa 5(1)c) était destiné, à l'instar de la disposition semblable de la *Crown Proceedings Act*, 1947 (R.-U.), ch. 44, en Angleterre, à s'appliquer aux causes qu'on peut généralement décrire comme des causes fondées sur la responsabilité de l'occupant et non aux causes semblables à la présente affaire, dans lesquelles une activité exercée par le propriétaire ou l'occupant d'un bien-fonds cause un préjudice au bien-fonds voisin.

Certes, on peut contester cet extrait comme source à l'appui de la théorie qu'une nuisance ne saurait engager la responsabilité sur le fondement qu'il s'agit d'une remarque gratuite ou incidente, mais, ce qui m'empêche réellement de retenir cette théorie, c'est que, dans la décision *Schenck et al. v. The Queen in right of Ontario* (1981), 34 O.R. (2d) 595 (H.C.) [ci-après *Schenck (n° 1)*], le juge Robins de la Haute Cour de l'Ontario a effectivement tenu la Couronne responsable d'une nuisance en se reportant notamment à l'article 5 de *The Proceedings Against the Crown Act* de l'Ontario, quoique ce soit apparemment, selon moi, en vertu de sa disposition qui touche les délits.

[33] L'avocat de la Couronne poursuit en soulignant que la décision *Schenck (n° 2)* a été confirmée en

further appeal to the Supreme Court of Canada was denied, referring me to *Schenck v. Ontario (Minister of Transportation and Communications)*; *Rokeby v. Ontario*, [1987] 2 S.C.R. 289. This line of argument overlooks the fact that the appeal to the Supreme Court of Canada was with regard both to *Schenck (No. 1)* and *Schenck (No. 2)* and resulted in the upholding of both the finding of nuisance and the finding of an absence of a favourable limitation as against the Crown. In effect, the Supreme Court of Canada agreed that the Ontario Crown might be liable in nuisance under *The Proceedings Against the Crown Act* of Ontario. I would add an observation: Mr. Justice Robins makes the point, in *Schenck (No. 2)*, that a breach of duty is not essential to a cause of action such as that successfully enforced by Mr. Schenck, at issue there being interference with the use and enjoyment of orchard land, interfered with by the Crown's use of salt on an adjoining highway.

[34] Mr. Justice Walsh, in *Mart Steel Corporation v. The Queen*, [1974] 1 F.C. 45 (T.D.), dealt with the concept of nuisance as a form of Crown liability at length, taking a scholarly and thorough approach beginning with the law of nuisance as set out in the *Case of the Thorns* (1466), Y.B. 6 Ed. IV, 7a. pl. 18. He concludes by dealing with the defendant's argument that there can be no liability on the part of the Crown under paragraph 3(1)(b) of the *Crown Liability Act* [R.S.C. 1970, c. C-38] because there was no duty owed to third persons arising out of the ownership, occupation, possession or control of a grain elevator in Montréal, the dust from which caused damage to steel stored nearby. In answer to this argument Mr. Justice Walsh said (at page 68):

I do not think that the jurisprudence on nuisance sustains this defence. If a person builds a building, in this case a grain elevator and galleries, on his property and operates a lawful business therein, he owes a duty to the occupants of neighbouring property not to cause any damage to them as a result of the use which he is making of his property.

appel et qu'une demande de pourvoi subséquente à la Cour suprême du Canada a été rejetée, dans *Schenck c. Ontario (Ministre des Transports et des Communications)*; *Rokeby c. Ontario*, [1987] 2 R.C.S. 289. Cette argumentation ne tient pas compte du fait que la demande de pourvoi à la Cour suprême du Canada visait à la fois la décision *Schenck (n° 1)* et la décision *Schenck (n° 2)*, et que, par conséquent, la Cour a confirmé à la fois la conclusion relative à la nuisance et celle relative à l'absence d'un délai favorable, tirées contre la Couronne. En effet, la Cour suprême du Canada a reconnu que la Couronne du chef de l'Ontario pouvait être tenue responsable d'une nuisance en vertu de *The Proceedings Against the Crown Act* de l'Ontario. J'ajouterais une remarque: le juge Robins affirme, dans *Schenck (n° 2)*, qu'un manquement à un devoir n'est pas essentiel pour établir une cause d'action comme celle que M. Schenck a fait valoir avec succès au sujet d'un trouble de l'utilisation et de la jouissance d'un verger, causé par l'utilisation de sel par la Couronne sur une autoroute voisine.

[34] Le juge Walsh a traité longuement, dans l'affaire *Mart Steel Corporation c. La Reine*, [1974] 1 C.F. 45 (1<sup>re</sup> inst.), du concept de nuisance comme source de responsabilité de la Couronne; il a adopté une démarche savante et approfondie en débutant par le droit régissant les nuisances énoncé dans *Case of the Thorns* (1466), Y.B. 6 Ed. IV, 7a. pl. 18. Il a conclu en examinant l'argument de la défenderesse selon lequel la Couronne ne peut être tenue responsable en vertu de l'alinéa 3(1)b) de la *Loi sur la responsabilité de la Couronne* [S.R.C. 1970, ch. C-38] parce qu'elle n'avait, envers les tiers, aucune obligation liée à la propriété, à l'occupation, à la possession ou à la garde d'un élévateur à grain à Montréal, dont la poussière avait causé des dommages à de l'acier entreposé à proximité. Voici comment, le juge Walsh a répondu à cet argument (à la page 68):

Je ne pense pas que la jurisprudence en matière de nuisance corrobore ce moyen de défense. Si un particulier construit un bâtiment sur sa propriété, dans ce cas des élévateurs à grain et des galeries, et y exerce des activités licites, il a une obligation envers les occupants de la propriété voisine: la façon dont il utilise sa propriété ne doit pas leur causer de dommage.

Mr. Justice Walsh then went on to give short shrift to the same sort of notice argument which the Crown raises in the present instance and which as I have said, I disregarded.

[35] In summary, the argument upon which the defendant seeks to have the nuisance plea struck out, as a futile plea, is perhaps an argument that counsel for the defendant, on reflection, might abandon as embarrassing.

[36] From the plaintiff's point of view the nuisance argument may be difficult to establish, for there is always some give and take in any nuisance situation for any human activity interferes, to some extent, with other people. Thus, the fact that someone has been inconvenienced, or annoyed, or even to some degree harmed, does not automatically result in a successful cause of action. Rather, liability in nuisance is generally imposed only in those situations in which the harm is greater than ought to be borne in the circumstances, keeping in mind that everyone must put up with a certain degree of annoyance and interference so that communities may live together. Having said this the plaintiff's case, in nuisance, while perhaps difficult, is not futile.

#### Riparian Rights as a Cause of Action

[37] The plaintiff pleads riparian rights as follows:

14. The plaintiff has the riparian right to enjoy the Red River in a state of nature, and defendant has violated that right by interfering with the flow of the River with resultant injury to the plaintiff's lands.

15. The plaintiff therefore claims:

. . .

- (c) A declaration that the defendant has interfered and continues to interfere with the plaintiff's riparian rights;

[38] The defendant refers to *Water Law in Canada: The Atlantic Provinces*, published by Information

Le juge Walsh a ensuite rejeté sans ménagement le même type d'argument fondé sur l'absence d'avis que celui invoqué par la Couronne en l'espèce et dont je n'ai pas tenu compte.

[35] En résumé, l'argument invoqué par la défenderesse pour faire radier la moyen fondé sur la nuisance, qu'elle qualifie de futile, est peut-être un argument que l'avocat de la défenderesse pourrait abandonner, réflexion faite, parce qu'il risque de le mettre dans l'embarras.

[36] En ce qui concerne la demanderesse, le bien-fondé de l'argument fondé sur la nuisance peut être difficile à établir, car les cas de nuisance impliquent toujours un élément de réciprocité, toute activité humaine causant, dans une certaine mesure, des désagréments à autrui. Ainsi, le fait que quelqu'un ait subi des inconvénients ou des ennuis, voire un certain préjudice, ne crée pas nécessairement une cause d'action valable. La responsabilité fondée sur la nuisance est plutôt limitée aux situations dans lesquelles le préjudice subi est plus important qu'il ne devrait l'être dans les circonstances, car n'oublions pas que chacun doit composer avec certains ennuis et désagréments pour vivre en société. Cela dit, même si leur bien-fondé peut être difficile à établir, les prétentions de la demanderesse fondées sur la nuisance ne sont pas futiles.

#### La cause d'action fondée sur les droits de riverain

[37] La demanderesse invoque ses droits de riverain dans les termes suivants:

[TRADUCTION] 14. La demanderesse a, en sa qualité de riveraine, le droit à la jouissance de la rivière Rouge à l'état naturel, et la défenderesse a porté atteinte à ce droit en entravant l'écoulement de la rivière, ce qui a causé un préjudice au bien-fonds de la demanderesse.

15. La demanderesse sollicite en conséquence:

[. . .]

- c) un jugement déclaratoire portant que la défenderesse a porté atteinte et continue de porter atteinte aux droits de riverain de la demanderesse;

[38] La défenderesse invoque l'ouvrage intitulé *Water Law in Canada: The Atlantic Provinces*, publié

Canada in 1973, the work of Gerard La Forest, (subsequently of the Supreme Court of Canada) and various associates. Mr. Justice La Forest deals with riparian rights in Chapter 9, page 200 and following. A riparian right includes rights relating to the flow of water, subject, and this is a point emphasized by the defendant, to the rights of other riparian owners to use the water and to the public rights of navigation [at page 206]:

A riparian owner is entitled to certain rights respecting the manner in which water reaches and leaves his land. He is, first of all, entitled to have the water flow down to his land as it has been accustomed to flow, substantially undiminished in quantity and quality, subject to the rights of other riparian owners to use the water, and to the public rights of navigation and floating. This is a natural right inseparably annexed to the land; it is not an easement and cannot be permanently separated from the inheritance. Once of the best statements of the law respecting a riparian owner's rights to the way in which water must reach his land is that of Lord MacNaghten in *John Young & Co. v. Bankier Distillery Co.*, [1983] A.C. 691, at p. 698, which reads as follows:

A riparian owner is entitled to have the water of a stream on which his property lies flow down as it has been accustomed to flow down to his property subject to the ordinary use of the flowing water by upper proprietors, and to such further use as may be reasonable under the circumstances. Every riparian owner is thus entitled to the flow of his stream in its natural flow, and without any substantial alteration in its character or quality.

A riparian owner is also entitled to have the water leave his land without obstruction. Moreover, non-riparian owners are also protected from the use of water that may damage their lives or property from flooding or otherwise.

[39] Mr. Justice La Forest goes on to refer to the rights of a riparian owner as to the manner in which water leaves that person's land. Here Mr. Justice La Forest refers to, among other cases, *Montreal Light, Heat & Power Co. v. Attorney-General of Quebec* (1909), 41 S.C.R. 116, a classic instance in which the manipulation of the water level, by the opening of an overflow at a dam downstream, resulted in actionable damage to an upstream bridge. In this instance, so far, the pleading of infringement of the riparian right of

par Information Canada en 1973 et corédigé par Gerard La Forest (devenu par la suite juge à la Cour suprême du Canada) et d'autres auteurs. Le juge La Forest traite des droits de riverain dans le chapitre 9, aux pages 200 et suivantes. Un droit de riverain inclut des droits relatifs à l'écoulement de l'eau, sous réserve—et la défenderesse insiste sur ce point—des droits des autres propriétaires riverains d'utiliser l'eau et des droits de navigation publics [à la page 206]:

[TRADUCTION] Un propriétaire riverain jouit de certains droits relatifs à la façon dont l'eau s'écoule jusqu'à son bien-fonds et à partir de celui-ci. Il a premièrement le droit à ce que l'eau coule jusqu'à son bien-fonds, selon son cours habituel, sans diminution importante de sa quantité et de sa qualité, sous réserve des droits des autres propriétaires riverains d'utiliser l'eau et des droits publics de navigation et de flottaison. Il s'agit d'un droit naturel rattaché au bien-fonds et qui en est inséparable; il ne s'agit pas d'une servitude et ce droit ne peut être séparé définitivement de l'héritage. L'un des meilleurs énoncés de l'état actuel du droit concernant les droits d'un propriétaire riverain à la façon dont l'eau s'écoule jusqu'à son bien-fonds appartient au lord MacNaghten, dans l'arrêt *John Young & Co. v. Bankier Distillery Co.*, [1983] A.C. 691, à la page 698. Voici ce qu'il dit:

Un propriétaire riverain a droit à ce que l'eau d'un cours d'eau sur lequel se situe son bien-fonds s'écoule comme à l'habitude jusqu'à son bien-fonds sous réserve de l'utilisation ordinaire de l'eau qui coule par les propriétaires de biens-fonds situés en amont du sien et de toute autre utilisation raisonnable dans les circonstances. Chaque propriétaire riverain a donc droit à l'écoulement naturel de son cours d'eau, sans modification importante de sa nature ou de sa qualité.

Un propriétaire riverain a aussi droit à ce que l'eau s'écoule à partir de son bien-fonds sans obstruction. De plus, les propriétaires de biens-fonds qui ne sont pas riverains sont aussi protégés contre toute utilisation de l'eau susceptible de causer un préjudice à leur vie ou à leur bien-fonds imputable notamment à une inondation.

[39] Le juge La Forest enchaîne en mentionnant les droits d'un propriétaire riverain à la façon dont l'eau s'écoule à partir de son bien-fonds. Le juge La Forest se reporte à cet égard, notamment, à l'arrêt *Montreal Light, Heat & Power Co. v. Attorney-General of Quebec* (1909), 41 R.C.S. 116, une affaire classique dans laquelle la manipulation du niveau de l'eau, par l'ouverture d'un orifice de trop-plein à un barrage, en aval, avait causé à un pont, en amont, des dommages donnant ouverture à une action. En l'espèce, il semble

the enjoyment of the river in its natural state appears proper. However, the defendant then goes on to submit that the plaintiff has not shown which Crown servant interfered with the flow of the Red River so as to breach a riparian right. While *Levy Brothers (supra)* dealt with the loss of mail and conversion, I do not see that the principle, that a Crown servant need not be identified in order for the Crown to be liable vicariously, ought not to apply in the present instance. The defendant's argument, in this instance, is not one which shows that the riparian rights cause of action is in any way one which clearly will not succeed.

#### Declaratory Relief

[40] The plaintiff seeks, among other things, declaratory relief as set out in paragraph 15 of the amended statement of claim:

- (a) A declaration that the defendant, in operating the Dam, has created a continuing nuisance with consequent damage to the plaintiff
- (b) A declaration that the defendant has been and is breaching its duty to the plaintiff as alleged;
- (c) A declaration that the defendant has interfered and continues to interfere with the plaintiff's riparian rights;

[41] Counsel for the defendant submits that declaratory relief ought not to be granted if other relief, here damages, is available and thus the plea for declaratory relief ought to be struck out, relying upon *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49 (hereinafter the *Petro Canada* case) and upon *Kourtessis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53.

[42] I take both of these cases to teach something more limited, in the nature of the proposition that one must exhaust adequate alternative remedies, or adequate statutory remedies, before coming to the

pour l'instant que le moyen fondé sur l'atteinte au droit de riverain à la jouissance de la rivière à l'état naturel soit convenable. Toutefois, la défenderesse soutient que la demanderesse n'a pas démontré quel préposé de la Couronne a entravé l'écoulement de la rivière Rouge et porté atteinte, de ce fait, à un droit de riverain. Bien que l'arrêt *Levy Brothers*, précité, porte sur la perte et le détournement d'un colis postal, je ne vois pas pourquoi le principe selon lequel il n'est pas nécessaire d'identifier le préposé de la Couronne pour que celle-ci soit tenue responsable du fait d'autrui ne s'appliquerait pas. La plaidoirie de la défenderesse en l'espèce ne démontre pas que la cause d'action fondée sur les droits de riverain n'a manifestement aucune chance d'être accueillie.

#### Le jugement déclaratoire

[40] La demanderesse sollicite, notamment, un jugement déclaratoire décrit au paragraphe 15 de la déclaration modifiée:

- a) un jugement déclaratoire portant que la défenderesse a, par son exploitation du barrage, créé une nuisance continue qui cause un préjudice à la demanderesse;
- b) un jugement déclaratoire portant que la défenderesse commet et a commis un manquement à son devoir allégué envers la demanderesse;
- c) un jugement déclaratoire portant que la défenderesse a porté atteinte et continue de porter atteinte aux droits de riverain de la demanderesse;

[41] L'avocat de la défenderesse soutient que la Cour ne devrait pas accorder de jugement déclaratoire si la demanderesse peut obtenir une autre réparation, en l'occurrence des dommages-intérêts, et que la demande de jugement déclaratoire devrait donc être radiée; il s'appuie sur ce point sur les arrêts *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49 (ci-après l'affaire *Petro Canada*) et *Kourtessis c. M.R.N.*, [1993] 2 R.C.S. 53.

[42] Selon moi, ces deux arrêts ont un effet plus limité, c'est-à-dire qu'ils établissent qu'une personne doit épuiser les recours appropriés qui s'offrent à elle, ou les autres procédures prévues par la loi applicable,

courts. This is the proposition set out in *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561. Indeed, Chief Justice Dickson, in the *Petro Canada* case, refers to *Harelkin*, at page 92 and following.

[43] The *Kourtesis* case is more interesting, but still does not assist the defendant in striking out a plea for relief on the grounds that it is a fruitless plea. *Kourtesis* stands for, among other things, the proposition that there is a discretion to refuse declaratory relief where other remedies, which are reasonable and effective, are available: see Mr. Justice La Forest's reasons at page 85 and following. Now Mr. Justice La Forest does go on to note, in *Kourtesis*, that *certiorari* might be an alternative remedy and that if such were the case "that would leave little room for the exercise of discretion to permit a declaratory action" (page 90). This is not the same thing as saying that a plea for declaratory relief, coupled with some other relief, is bound to fail. Mr. Justice Sopinka, who wrote a concurring decision in *Kourtesis*, notes that a court is justified in refusing to grant a declaration "if there is another procedure available in which more effective relief can be obtained" (page 115), but stops short of saying it can never be done. I believe that Dr. Markesteyn, as executor in this action, looks for declaratory relief, by reason of a concern that he not have to return to court, every now and then when a bit more of his foreshore is washed away.

[44] In the present instance, it may not be easy for the plaintiff to obtain both damages for past infringement and losses and forward looking relief in the form of a declaration to prevent the washing away of water front either by forcing more judicious water level control or the provision of relatively inexpensive foreshore protection in vulnerable areas. However, the remedies are not absolutely mutually exclusive for they serve different functions. It is not plain, obvious and beyond doubt that declaratory relief is a lost cause. Traditional remedies for loss of riparian rights include damages and injunctive relief for infringement,

avant de s'adresser aux tribunaux. C'est la théorie énoncée dans l'arrêt *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561. En effet, dans l'arrêt *Petro Canada*, le juge en chef Dickson se reporte à l'arrêt *Harelkin*, aux pages 92 et suivantes.

[43] L'arrêt *Kourtesis* est plus intéressant, mais il n'est pas plus utile à la défenderesse quant à la radiation de la demande de jugement déclaratoire au motif que cette demande est vaine. L'arrêt *Kourtesis* établit, notamment, que la Cour a le pouvoir discrétionnaire de refuser de prononcer un jugement déclaratoire lorsque d'autres recours raisonnables et efficaces sont possibles: voir les motifs du juge La Forest, aux pages 85 et suivantes. Le juge La Forest poursuit en faisant remarquer, dans *Kourtesis*, qu'un bref de *certiorari* aurait peut-être constitué un recours possible et que, le cas échéant, «[c]ela laisserait peu de place à l'exercice du pouvoir discrétionnaire de permettre une action en jugement déclaratoire» (page 90). Cela n'équivaut pas à dire qu'une demande de jugement déclaratoire, jointe à une autre demande de réparation, doit nécessairement être rejetée. Le juge Sopinka, qui a rédigé des motifs concordants dans *Kourtesis*, souligne qu'une cour est justifiée de refuser de rendre un jugement déclaratoire «s'il est possible de recourir à une autre procédure permettant d'obtenir un redressement plus efficace» (page 116), mais il ne va pas jusqu'à dire qu'elle ne peut jamais rendre un tel jugement. À mon avis, le D<sup>r</sup> Markesteyn, en sa qualité d'exécuteur dans la présente action, sollicite un jugement déclaratoire afin de ne pas avoir à se présenter devant le tribunal chaque fois qu'une parcelle de sa grève est emportée par la rivière.

[44] En l'espèce, il sera peut-être difficile pour la demanderesse d'obtenir à la fois des dommages-intérêts pour l'atteinte et les pertes passées et une réparation prospective sous la forme d'un jugement déclaratoire qui empêcherait que l'eau n'emporte la grève en imposant soit un contrôle plus judicieux du niveau d'eau, soit l'installation d'une protection relativement peu coûteuse de la grève aux endroits vulnérables. Toutefois, ces recours ne s'excluent pas totalement les uns les autres, car ils servent différentes fins. Il n'est pas manifeste, évident et absolument certain que la demande de jugement déclaratoire est



with the *proviso* that if an injunction is not granted, declaratory relief may be granted: see *Stollmeyer v. Trinidad Lake Petroleum Company*, [1918] A.C. 485, at pages 495 and 497, and the note at page 498 and following, a decision of the Privy Council.

#### Objections to Miscellaneous Pleas

[45] The defendant objects to various other aspects of the amended statement of claim. Only one needs to be noted and in this instance, merely needs to be touched upon.

[46] The defendant refers to section 24 of the *Crown Liability Act*, R.S.C. 1970, c. C-38, and submits that this is the provision which applies, for the R.S.C., 1985 *Crown Liability and Proceedings Act* did not come into being until 1987, at a date after the commencement of this action. Section 24 provided that the Crown could not be liable for any act or omission which occurred or existed before 14 May 1953. In the present instance the amended statement of claim does not now stretch back to the construction of the dam at the turn of the century. The events complained of are more recent. Certainly there might be some argument involving a prescriptive right to raise and lower the river, free from objection by an upstream riparian owner, but that is not a ground upon which to strike out the statement of claim as plainly and obviously futile.

#### Particulars

[47] The Defendant submitted that it ought to have particulars of some aspects of the claim. Yet this request for particulars comes a dozen years after the action was commenced. Given the material set out in the amended statement of claim and all of the other circumstances, including that many of the particulars may be known to the defendant but not to the plaintiff, I see no need to require particulars for pleading. It may be, following completion of pleadings and discovery, that the defendant might need more com-

une cause perdue. Les réparations traditionnellement accordées en cas d'atteinte à un droit de riverain incluent des dommages-intérêts et une injonction relativement à l'atteinte, mais si le tribunal ne prononce pas une injonction, il peut accorder un jugement déclaratoire: voir la décision *Stollmeyer v. Trinidad Lake Petroleum Company*, [1918] A.C. 485, du Conseil privé, aux pages 495 et 497, et la remarque aux pages 498 et suivantes.

#### Objections à différents moyens

[45] La défenderesse s'oppose à différents autres aspects de la déclaration modifiée. Un seul mérite d'être mentionné et exige à peine quelques remarques.

[46] La défenderesse mentionne l'article 24 de la *Loi sur la responsabilité de la Couronne*, S.R.C. 1970, ch. C-38, et soutient que c'est la disposition qui s'applique, car la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* de 1985 n'a été sanctionnée qu'en 1987, après l'introduction de l'action. L'article 24 prévoit que la Couronne ne peut être tenue responsable d'un acte ou d'une omission survenus ou qui existaient avant le 14 mai 1953. En l'espèce, la déclaration modifiée ne s'étend plus à la construction du barrage au début du siècle. Les événements visés sont plus récents. Il est sûrement possible de faire valoir un argument fondé sur un droit acquis par prescription d'élever et d'abaisser le niveau de la rivière sans objection de la part d'un propriétaire riverain d'un bien-fonds situé en amont, mais ce n'est pas là un motif qui permettrait à la Cour de radier la déclaration en la qualifiant de manifestement futile.

#### Précisions

[47] La défenderesse soutient qu'elle doit obtenir des précisions concernant certains aspects de la demande. Or, cette demande de précisions survient quelque 12 ans après l'introduction de l'action. Compte tenu des renseignements fournis dans la déclaration modifiée et de toutes les autres circonstances, y compris le fait que la défenderesse connaît peut-être beaucoup de précisions que la demanderesse ignore, je ne juge pas nécessaire d'exiger des précisions sur cet acte de procédure. Il se peut qu'à l'issue de la plaidoirie écrite

plete particulars for trial, but such are premature at this point.

#### CONCLUSION

[48] Success in this matter, at least to the extent of these reasons and the resulting order, while mixed, has been decidedly in favour of the plaintiff. However, one result of this motion was to cause the plaintiffs, and here I refer to the original representative aspect of the action, to rethink their position and to amend, not only to drop the class action aspect, but also to take note of an argument involving the R.S.C. 1970 *Crown Liability Act*, which was in force when this matter was commenced, and thus leave out any claim for relief going back to the construction of the dam at the turn of the century. With this result of the motion in mind it is appropriate that success overall be regarded as mixed. Both sides shall bear their own costs.

[49] The defendant may have 30 days within which to file a defence.

et de l'enquête préalable, la défenderesse ait besoin de précisions supplémentaires en vue de l'instruction, mais une telle demande est prématurée pour l'instant.

#### CONCLUSION

[48] Le résultat de l'instance, du moins en ce qui a trait aux présents motifs et à l'ordonnance qui en résulte, bien que partagé, est nettement en faveur de la demanderesse. Toutefois, la présente requête a eu pour effet d'obliger les demandeurs, et je me reporte ici au recours collectif initial, à repenser leurs prétentions et à les modifier, non seulement pour renoncer à la procédure de recours collectif, mais aussi pour tenir compte d'un argument fondé sur la *Loi sur la responsabilité de la Couronne* de 1970, qui était en vigueur au moment de l'introduction de l'action, et pour se désister en conséquence de toute demande de réparation remontant à la construction du barrage au début du siècle dernier. Compte tenu de cet effet qu'a eu la requête, il convient de considérer son résultat d'ensemble comme partagé. Les deux parties assumeront donc leurs propres dépens.

[49] La défenderesse bénéficie d'un délai de 30 jours pour déposer sa défense.

A-21-99

**Nasteha Mohamed Adam** (*Appellant*) (*Applicant in the Trial Division*)

v.

**The Minister of Citizenship and Immigration** (*Respondent*) (*Respondent in the Trial Division*)

**INDEXED AS: ADAM v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (C.A.)**

Court of Appeal, Rothstein, McDonald and Sharlow JJ.A.—Toronto, August 22 and 25, 2000.

*Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Immigration Inquiry Process — Certified question: whether inherent jurisdiction to extend statutory time limitation when justice requiring it, and when strict adherence to time limitation resulting in frustration of legislative purpose — Immigration Regulations, 1978, s. 11.4(2)(b) imposing 15-day time limitation for application by failed refugee claimant for membership in post-determination refugee claimants in Canada (PDRCC) class — Immigration officer rejecting claim as made out of time — Not having jurisdiction to extend statutory time limit under PDRCC regulations — Time limit integral part of determination procedure for PDRCC class, statutory limitation on immigration officer's authority to deal with applications under PDRCC regulations — Language of time limitation clear, unambiguous.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Certified question: whether failure to provide in post-determination refugee claimants in Canada (PDRCC) class regulations for discretionary power to extend time limit breach of Charter, s. 7 as not in accord with principles of fundamental justice — Failed refugee claimants entitled to procedure in accord with fundamental justice in determination of potential risk of removal — Issue not whether strict time limitation with no provision for discretionary extension accords with fundamental justice principles, but whether scheme of Act affords sufficient procedural protection against removal to country where personal security at risk — Act providing such protection by giving (i) right to seek judicial review of negative refugee determination; (ii) right under s. 114(2) to apply for permanent residence in Canada on humanitarian, compassionate grounds (possibly including risk assessment), coupled with right to seek stay of removal pending determination of application; (iii) right to make PDRCC application which must include risk assessment — Time limitation*

A-21-99

**Nasteha Mohamed Adam** (*appelante*) (*demanderesse en première instance*)

c.

**Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration** (*intimé*) (*défendeur en première instance*)

**RÉPERTORIÉ: ADAM c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (C.A.)**

Cour d'appel, juges Rothstein, McDonald et Sharlow, J.C.A.—Toronto, 22 et 25 août 2000.

*Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Processus d'enquête en matière d'immigration — Question certifiée: Est-ce qu'il existe un pouvoir inhérent de proroger un délai légal lorsque la justice l'exige et que le strict respect du délai va contre l'objectif de la loi? — L'art. 11.4(2)(b) du Règlement sur l'immigration de 1978 impose un délai de prescription de 15 jours aux demandeurs déboutés du statut de réfugié pour la présentation d'une demande visant l'attribution de la qualité de demandeur non reconnu du statut de réfugié au Canada (DNRSRC) — L'agent d'immigration a rejeté la demande parce qu'elle était tardive — Il n'avait pas compétence pour proroger le délai légal fixé par le règlement régissant les DNRSRC — Le délai de prescription fait partie intégrante de la procédure d'attribution de la qualité de DNRSRC et constitue une limite légale à la compétence conférée aux agents d'immigration pour traiter les demandes en vertu du règlement régissant les DNRSRC — La disposition qui fixe ce délai est claire, sans ambiguïté.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Question certifiée: le défaut de prévoir, dans le règlement régissant les demandeurs non reconnus du statut de réfugié au Canada (DNRSRC), le pouvoir discrétionnaire de proroger le délai de prescription contrevient-il à l'art. 7 de la Charte parce qu'il n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale? — Les demandeurs déboutés du statut de réfugié ont droit à une procédure conforme aux principes de justice fondamentale pour l'évaluation du risque auquel leur renvoi peut les exposer — La question à trancher ne consistait pas à déterminer si un délai de prescription strict sans attribution d'un pouvoir discrétionnaire est conforme aux principes de justice fondamentale, mais si le régime établi par la Loi offre une protection suffisante, sur le plan de la procédure, contre le renvoi vers un pays où la sécurité de la personne est menacée — La Loi offre cette protection en conférant (i) le droit de demander le contrôle judiciaire du rejet de la revendication du statut de réfugié; (ii) le droit de demander la résidence permanente au Canada en invoquant des motifs*

*imposing reasonable obligation of diligence on potential applicant, but neither vitiating safeguards available to person at risk of being deprived of personal security through removal to another country, nor compelling immigration authorities to read mandatory time limitation as though subject to discretionary extension.*

These were the answers to questions certified by a Motions Judge in dismissing an application for judicial review of an immigration officer's refusal of the applicant's post-determination refugee claimants in Canada (PDRCC) class application. *Immigration Regulations, 1978*, paragraph 11.4(2)(b) imposes a 15-day time limitation for an application by a failed refugee claimant for membership in the PDRCC class but, pursuant to an administrative guideline, PDRCC applications postmarked within 22 days of the decision date are accepted as on time. Along with the notification of its decision that her refugee claim had been rejected, the CRDD sent the appellant information on making a PDRCC application and an application form. That information explained that a PDRCC application must be made within 15 days of the date on the notice of decision. The appellant mailed a PDRCC application well outside the 15-day limit. The immigration officer rejected the application summarily on the ground that he did not have authority to deal with an application post-marked more than 22 days after the negative refugee determination. The Motions Judge certified the following questions: (1) whether an immigration officer has an inherent jurisdiction to extend the statutory time limit for filing an application under the PDRCC regulations; and (2) whether the failure to provide in the PDRCC regulations for a discretionary power to extend the time limit is a breach of Charter, section 7 as not in accordance with the principles of fundamental justice. Section 7 provides that 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.

*Held*, the appeal should be dismissed and both questions answered in the negative.

(1) The time limit is an integral part of the determination procedure for the PDRCC class and thus is a statutory limitation on the authority of immigration officers to deal with applications under the PDRCC regulations. The time

*d'ordre humanitaire (avec la possibilité d'une évaluation du risque), en vertu de l'art. 114(2), tout en demandant qu'il soit sursis à la mesure de renvoi jusqu'à l'issue de la demande; (iii) le droit de présenter une demande visant l'attribution de la qualité de DNRSRC, qui comporte nécessairement une évaluation du risque — Le délai de prescription impose au demandeur éventuel une obligation de diligence raisonnable, mais ne porte pas atteinte aux garanties offertes à la personne dont la sécurité de la personne est menacée si elle est renvoyée dans un autre pays, ni n'oblige les autorités de l'immigration à interpréter le délai de prescription obligatoire comme s'il pouvait faire l'objet d'une prorogation discrétionnaire.*

Voici les réponses aux questions certifiées par le juge des requêtes qui a rejeté la demande de contrôle judiciaire du refus de l'agent d'immigration d'attribuer la qualité de demandeur non reconnu du statut de réfugié au Canada (DNRSRC) à la demanderesse. L'alinéa 11.4(2)(b) du *Règlement sur l'immigration de 1978* impose au demandeur débouté du statut de réfugié un délai de prescription de 15 jours pour la présentation d'une demande visant l'attribution de la qualité de DNRSRC, mais, en vertu d'une ligne directrice administrative, les demandes visant l'attribution de la qualité de DNRSRC oblitérées dans les 22 jours suivant la date de la décision sont acceptées comme présentées dans le délai imparti. Lorsque la SSR a donné avis à l'appelante du rejet de sa revendication, elle y a joint des renseignements sur la possibilité de présenter une demande visant l'attribution de la qualité de DNRSRC, ainsi qu'un formulaire de demande. Ces renseignements précisaient que la demande visant l'attribution de la qualité de DNRSRC devait être présentée dans les 15 jours suivant la date de l'avis de la décision. L'appelante a posté une demande visant l'attribution de la qualité de DNRSRC bien après l'expiration du délai de prescription de 15 jours. Un agent d'immigration a rejeté sommairement sa demande parce qu'il n'avait pas le pouvoir de traiter une demande visant l'attribution de la qualité de DNRSRC oblitérée plus de 22 jours après la date du rejet de la revendication. Le juge des requêtes a certifié les questions suivantes: 1) Un agent d'immigration a-t-il le pouvoir inhérent de proroger le délai légal fixé pour le dépôt d'une demande sous le régime du règlement régissant les DNRSRC? 2) Le défaut d'attribuer, dans le règlement régissant les DNRSRC, un pouvoir discrétionnaire de proroger ce délai contrevient-il à l'article 7 de la Charte parce qu'il n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale? L'article 7 garantit à chacun le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne et prévoit qu'il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

*Arrêt*: l'appel est rejeté et les deux questions reçoivent une réponse négative.

1) Le délai de prescription fait partie intégrante de la procédure d'attribution de la qualité de DNRSRC et constitue une limite légale à la compétence conférée aux agents d'immigration pour traiter les demandes présentées en vertu

limitation is clear and unambiguous.

(2) Failed refugee claimants are entitled to a procedure that accords with the principles of fundamental justice in the determination of the potential risk faced by them in the event of removal. However, the issue was not whether the existence of a strict time limitation for PDRCC applications, with no provision for discretionary extension, accords with the principles of fundamental justice, but whether the scheme of the *Immigration Act* as a whole affords failed refugee claimants sufficient procedural protection against removal to a country where their personal security is at risk. That test was met. The *Immigration Act* provides several procedural safeguards to a failed refugee claimant who faces a risk of removal to such a country. There is a right to seek judicial review of the negative refugee determination; second, there is a right under subsection 114(2) to apply for permanent residence in Canada on humanitarian and compassionate grounds (which may include a risk assessment), coupled with the right to seek a stay of removal pending the determination of such an application; and third, there is a right to make a PDRCC application which must include a risk assessment. The time limitation attached to the right to make a PDRCC application imposes on an intended applicant a reasonable obligation of diligence. That requirement does not vitiate the safeguards that are available to a person at risk of being deprived of personal security through removal to another country. Nor does it compel the immigration authorities to read the time limitation, which by its terms is mandatory, as though it is subject to a discretionary extension.

A person who does not file a PDRCC application, or whose PDRCC application fails, retains the option of an independent application for humanitarian and compassionate relief and a stay of removal, which in an appropriate case would include a risk assessment.

#### 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.

*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 53(1)(b) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 43), 114(2) (as am. *idem*, s. 102).

du règlement régissant les DNR SRC. La disposition qui fixe ce délai est claire et ne comporte aucune ambiguïté.

2) Les demandeurs déboutés du statut de réfugié ont droit à une procédure conforme aux principes de justice fondamentale pour l'évaluation du risque auquel leur renvoi peut les exposer. Néanmoins, la question à trancher ne consiste pas à déterminer si l'existence d'un délai de prescription strict pour le dépôt d'une demande visant l'attribution de la qualité de DNR SRC, sans disposition conférant un pouvoir discrétionnaire de prorogation, est conforme aux principes de justice fondamentale, mais si le régime établi par la *Loi sur l'immigration*, dans son ensemble, offre aux demandeurs déboutés du statut de réfugié une protection suffisante, sur le plan de la procédure, contre leur renvoi vers un pays où leur sécurité personnelle est menacée. Le régime législatif satisfaisait à ce critère. La *Loi sur l'immigration* établit plusieurs mesures de protection, sur le plan de la procédure, dont peuvent se prévaloir les demandeurs déboutés du statut de réfugié susceptibles d'être renvoyés dans un tel pays. Ils peuvent, premièrement, demander le contrôle judiciaire du rejet de leur revendication du statut de réfugié; deuxièmement, demander la résidence permanente au Canada en invoquant des motifs d'ordre humanitaire (avec la possibilité d'une évaluation du risque), en vertu du paragraphe 114(2), tout en demandant qu'il soit sursis à la mesure de renvoi jusqu'à l'issue de la demande; et, troisièmement, présenter une demande visant l'attribution de la qualité de DNR SRC, qui comporte nécessairement une évaluation du risque. Le délai de prescription qui restreint le droit de présenter une demande visant l'attribution de la qualité de DNR SRC impose au demandeur éventuel une obligation de diligence raisonnable. Cette exigence ne porte pas atteinte aux garanties offertes à la personne dont la sécurité risque d'être menacée si elle est renvoyée dans un autre pays. Elle n'oblige pas non plus les autorités de l'immigration à interpréter ce délai de prescription, exprimé en termes obligatoires, comme s'il pouvait faire l'objet d'une prorogation discrétionnaire.

Une personne qui ne dépose pas de demande visant l'attribution de la qualité de DNR SRC, ou dont la demande d'attribution de la qualité de DNR SRC est rejetée, peut toujours présenter une demande indépendante fondée sur des motifs d'ordre humanitaire et une demande de sursis du renvoi, qui comporteraient, le cas échéant, une évaluation du risque.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 7.

*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 53(1)(b) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 43), 114(2) (mod., *idem*, art. 102).

*Immigration Regulations, 1978*, SOR/78-172, ss. 2(1) "member of the post-determination refugee claimants in Canada class" (as am. by SOR/93-44, s. 1), 11.4(2)(b) (as enacted *idem*, s. 10; 97-182, s. 5).

*Règlement sur l'immigration de 1978*, DORS/78-172, art. 2(1) «demandeur non reconnu du statut de réfugié au Canada» (mod. par DORS/93-44, art. 1), 11.4(2)b (édicte, *idem*, art. 10; 97-182, art. 5).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 2 F.C. 592; (2000), 18 Admin. L.R. (3d) 159; 5 Imm. L.R. (3d) 1; 252 N.R. 1 (C.A.); leave to appeal to S.C.C. granted [2000] S.C.C.A. No. 106 (QL); *Farhadi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 6 Imm. L.R. (3d) 80 (F.C.A.); leave to appeal to S.C.C. submitted [2000] S.C.C.A. No. 251 (QL).

##### DISTINGUISHED:

*Bains v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 3 F.C. 487; (1989), 61 D.L.R. (4th) 573; 47 C.R.R. 361; 8 Imm. L.R. (2d) 165 (C.A.).

APPEAL, authorized by certification of questions, from the decision of a Motions Judge that there is neither authority nor obligation to extend the time limit within which to claim membership in the PDRCC class. The questions certified were: (1) whether an immigration officer has an inherent jurisdiction to extend the statutory time limit for filing an application under the PDRCC regulations; and (2) whether the failure to provide in the PDRCC regulations for a discretionary power to extend the time limit is a breach of Charter, section 7 because it does not accord with the principles of fundamental justice (*Adam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 161 F.T.R. 42 (F.C.T.D.)). Both questions were answered in the negative and the appeal was dismissed.

##### APPEARANCES:

*Geraldine Sadoway* for appellant (applicant in the Trial Division).

*Susan Nucci* for respondent (respondent in the Trial Division).

##### SOLICITORS OF RECORD:

*Parkdale Community Legal Services*, Toronto, for appellant (applicant in the Trial Division).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 2 C.F. 592; (2000), 18 Admin. L.R. (3d) 159; 5 Imm. L.R. (3d) 1; 252 N.R. 1 (C.A.); autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée [2000] S.C.C.A. n° 106 (QL); *Farhadi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2000), 6 Imm. L.R. (3d) 80 (C.A.F.); autorisation de pourvoi à la C.S.C. demandée [2000] S.C.C.A. n° 251 (QL).

##### DISTINCTION FAITE D'AVEC:

*Bains c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 3 C.F. 487; (1989), 61 D.L.R. (4th) 573; 47 C.R.R. 361; 8 Imm. L.R. (2d) 165 (C.A.).

APPEL, autorisé par la certification de questions, interjeté à l'encontre de la décision par laquelle un juge des requêtes a statué qu'il n'existait ni pouvoir ni obligation de proroger le délai de prescription du dépôt d'une demande visant l'attribution de la qualité de DNRSRC. Les questions certifiées étaient les suivantes: 1) Un agent d'immigration a-t-il le pouvoir inhérent de proroger le délai légal fixé pour le dépôt d'une demande sous le régime du règlement régissant les DNRSRC; 2) Le défaut d'attribuer, dans le règlement régissant les DNRSRC, un pouvoir discrétionnaire de proroger ce délai contrevient-il à l'article 7 de la Charte parce qu'il n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale? (*Adam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1998), 161 F.T.R. 42 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)). Ces deux questions ont reçu une réponse négative et l'appel a été rejeté.

##### ONT COMPARU:

*Geraldine Sadoway* pour l'appelante (demanderesse en première instance).

*Susan Nucci* pour l'intimé (défendeur en première instance).

##### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Parkdale Community Legal Services*, Toronto, pour l'appelante (demanderesse en première instance).

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent (respondent in the Trial Division).

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé (défendeur en première instance).

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

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

[1] SHARLOW J.A.: The issue in this case is whether an immigration officer has the authority or the obligation to consider a request for an extension of the time limitation in paragraph 11.4(2)(b) of the *Immigration Regulations, 1978*, SOR/78-172 [as enacted by SOR/93-44, s. 10; 97-182, s. 5]. That Regulation imposes a 15-day time limitation for an application by a failed refugee claimant for membership in the "post-determination refugee claimants in Canada" (PDRCC) class.

[1] LE JUGE SHARLOW, J.C.A.: La question en litige est celle de savoir si un agent d'immigration a le pouvoir ou l'obligation de trancher une demande de prorogation du délai de prescription fixé par l'alinéa 11.4(2)b) du *Règlement sur l'immigration de 1978*, DORS/78-172 [édicte par DORS/93-44, art. 10; 97-182, art. 5]. Selon ce Règlement, un demandeur débouté du statut de réfugié a 15 jours pour présenter une demande visant l'attribution de la qualité de «demandeur non reconnu du statut de réfugié au Canada» (DNRSRC).

[2] The Motions Judge decided that there was no authority or obligation to extend the time limitation: (1998), 161 F.T.R. 42 (F.C.T.D.). However, he certified the following questions to permit his decision to be appealed to this Court [at page 50]:

[2] Le juge des requêtes a statué qu'il n'existait pas de pouvoir ni d'obligation de proroger le délai de prescription: (1998), 161 F.T.R. 42 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.). Il a toutefois certifié les questions suivantes pour permettre la formation d'un appel devant la Cour [à la page 50]:

Whether there is an inherent jurisdiction to extend a statutory time limitation when justice requires it and when the strict adherence to the time limitation results in the frustration of the legislative purpose.

Est-ce qu'il existe un pouvoir inhérent de proroger un délai légal lorsque la justice l'exige et que le strict respect du délai va contre l'objectif de la loi?

Whether, the strict 15 day time limitation set out in section 11.4(2)(b) of the *Immigration Regulations*, for an application to seek a risk assessment under the PDRCC programme, after receiving notice of refusal of a refugee claim, violates s. 7 of the *Charter of Rights and Freedoms*, as such a limitation, with no opportunity for an extension of time, is not in accordance with the principles of fundamental justice.

Est-ce que le délai strict de 15 jours prévu à l'alinéa 11.4(2)b) du *Règlement sur l'immigration*, pour une demande d'«évaluation du risque» en vertu du programme concernant les DNRSRC, après réception d'un avis de refus d'une revendication du statut de réfugié, viole l'art. 7 de la *Charte des droits et libertés*, étant donné qu'un tel délai, qui ne peut être prorogé, n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale?

[3] For the reasons that follow, I respectfully agree with the decision of the Motions Judge, and would answer both of these questions in the negative.

[3] Pour les motifs qui suivent, je suis d'accord avec le juge des requêtes et je suis d'avis de répondre à ces deux questions par la négative.

[4] The facts are as follows. The appellant, Ms. Adam, is a citizen of Somalia. In 1991, when she was 18 years old, she fled that country to escape a civil war, going first to Kenya and then in 1996 to Canada, where she claimed refugee status. In a decision dated July 7, 1997, her refugee claim was rejected by the Convention Refugee Determination Division (CRDD).

[4] Les faits sont les suivants. L'appelante, M<sup>me</sup> Adam, est citoyenne de la Somalie. Elle a quitté son pays en 1991, à l'âge de 18 ans, pour échapper à la guerre civile. Elle s'est d'abord rendue au Kenya, puis elle est arrivée au Canada en 1996, où elle a revendiqué le statut de réfugié. La section du statut de réfugié (SSR) a rejeté sa revendication dans une décision en date du 7 juillet 1997.

[5] Ms. Adam, as a failed refugee claimant, became subject to removal from Canada. However, she could have filed an application under subsection 11.4(2) of the Regulations for a determination that she was a member of the PDRCC class. That claim should have been made within 15 days of receiving notification of the decision rejecting her refugee claim. A successful PDRCC application would have precluded removal proceedings and entitled her to apply within Canada for landed immigrant status.

[6] In order to succeed in a PDRCC application, Ms. Adam would have had to satisfy an immigration officer that a number of conditions were met. For present purposes, it is necessary to point only to the condition set out in paragraph (c) of the definition of "member of the post-determination refugee claimants in Canada class" found in subsection 2(1) [as am. by SOR/93-44, s. 1] of the *Immigration Regulations, 1978*. That condition is that Ms. Adam is a person:

2. (1) . . .

"member of the post-determination refugee claimants in Canada class"

. . .

(c) who if removed to a country to which the immigrant could be removed would be subjected to an objectively identifiable risk, which risk would apply in every part of that country and would not be faced generally by other individuals in or from that country,

(i) to the immigrant's life, other than a risk to the immigrant's life that is caused by the inability of that country to provide adequate health or medical care,

(ii) of extreme sanctions against the immigrant, or

(iii) of inhumane treatment of the immigrant.

[7] It was the position of Ms. Adam's counsel, which was undisputed by counsel for the Crown, that in Ms. Adam's case, the country in question would have been Somalia.

[8] The CRDD sent Ms. Adam information about the opportunity to make a PDRCC application, as well as

[5] En qualité de demanderesse déboutée du statut de réfugié, M<sup>me</sup> Adam devenait donc susceptible d'être renvoyée du Canada. Elle aurait toutefois pu présenter une demande en vertu du paragraphe 11.4(2) du Règlement sur l'immigration pour se faire attribuer la qualité de DNRSRC. Elle devait déposer cette demande dans les 15 jours suivant la date où elle a reçu avis du rejet de sa revendication. Si sa demande visant l'attribution de la qualité de DNRSRC avait été accueillie, aucune mesure de renvoi n'aurait pu être prise contre elle et elle aurait été autorisée à demander le droit d'établissement sans quitter le Canada.

[6] Pour que sa demande visant l'attribution de la qualité de DNRSRC soit accueillie, M<sup>me</sup> Adam aurait dû convaincre un agent d'immigration qu'elle satisfaisait à plusieurs conditions. Aux fins de l'appel, il suffit de mentionner la condition énoncée à l'alinéa c) de la définition d'un «demandeur non reconnu du statut de réfugié au Canada» figurant au paragraphe 2(1) [mod. par DORS/93-44, art. 1] du *Règlement sur l'immigration de 1978*. Selon cet alinéa, M<sup>me</sup> Adam devait être une personne:

2. (1) [. . .]

«demandeur non reconnu du statut de réfugié au Canada»

[. . .]

c) dont le renvoi vers un pays dans lequel il peut être renvoyé l'expose personnellement, en tout lieu de ce pays, à l'un des risques suivants, objectivement identifiable, auquel ne sont pas généralement exposés d'autres individus provenant de ce pays ou s'y trouvant:

(i) sa vie est menacée pour des raisons autres que l'incapacité de ce pays de fournir des soins médicaux ou de santé adéquats,

(ii) des sanctions excessives peuvent être exercées contre lui,

(iii) un traitement inhumain peut lui être infligé.

[7] L'avocate de M<sup>me</sup> Adam a affirmé, et l'avocate de la Couronne n'a pas contesté, que le pays en cause dans le cas de M<sup>me</sup> Adam aurait été la Somalie.

[8] Lorsque la SSR a donné avis à M<sup>me</sup> Adam du rejet de sa revendication, elle y a joint des renseigne-



the required application form, with the notification of its decision that her refugee claim had been rejected. The first paragraph of the document describing the PDRCC application reads as follows:

Individuals who have been refused Convention refugee status in Canada have the option of applying for consideration under the *post-determination refugee claimants in Canada* (PDRCC) class. The PDRCC class is for people who, if they are not Convention refugees, would nevertheless be at risk if removed from Canada.

[9] This description of the PDRCC class is reasonably accurate. The PDRCC application form itself is a relatively simple one-page document, requiring only information that identifies the applicant and the country in respect of which the PDRCC application is being made. The form may be submitted by ordinary mail. No fee is payable under the *Immigration Regulations, 1978* for a PDRCC application.

[10] The information sent to Ms. Adam with her negative refugee decision says that a PDRCC application must be made “within 15 days of the date on the notice of the decision”. It also explains what appears to be an administrative guideline to the effect that PDRCC applications postmarked within 22 days of the decision date are accepted as being on time. That guideline has apparently been adopted to allow a reasonable time between the date on which the written notification of the decision is signed, and the date on which that notice can reasonably expect to be received by the refugee claimant through the mail. It is undisputed that the regulation itself stipulates that it is receipt of the notification that marks the commencement of the 15-day limitation period.

[11] There is no evidence that Ms. Adam would have been unable to understand the information that was sent to her, if she had read it. Nor does she deny having received it.

ments sur la possibilité de présenter une demande visant l’attribution de la qualité de DNRSRC, ainsi que le formulaire de demande requis. Le premier paragraphe du document décrivant la demande visant l’attribution de la qualité de DNRSRC disait ce qui suit:

[TRADUCTION] Les personnes qui se sont vu refuser la reconnaissance du statut de réfugié au Canada peuvent demander que leur situation soit examinée sous le régime applicable aux *demandeurs non reconnus du statut de réfugié au Canada* (DNRSRC). Le régime applicable aux DNRSRC vise les personnes qui, bien qu’elles ne soient pas des réfugiés au sens de la Convention, seraient exposées à des risques si elles étaient renvoyées du Canada.

[9] Cette description des DNRSRC est raisonnablement exacte. Le formulaire de demande visant l’attribution de la qualité de DNRSRC est un document relativement simple d’une page, qui demande seulement des renseignements identifiant le demandeur et le pays visé par la demande. Ce formulaire peut être envoyé par courrier ordinaire. Aucun droit n’est exigible en vertu du *Règlement sur l’immigration de 1978* pour la présentation d’une demande visant l’attribution de la qualité de DNRSRC.

[10] Les renseignements transmis à M<sup>me</sup> Adam avec la décision défavorable concernant sa revendication précisaient qu’une demande visant l’attribution de la qualité de DNRSRC devait être présentée [TRADUCTION] «dans les 15 jours suivant la date de l’avis de la décision». Ils expliquaient aussi ce qui semble être une ligne directrice administrative selon laquelle les demandes visant l’attribution de la qualité de DNRSRC oblitérées dans les 22 jours suivant la date de la décision sont acceptées comme présentées dans le délai imparti. Cette ligne directrice a apparemment été adoptée pour allouer un délai raisonnable entre la date de la signature de l’avis écrit de la décision et la date à laquelle on peut raisonnablement s’attendre que le revendicateur la reçoive par la poste. Il n’est pas contesté que le règlement proprement dit prévoit que c’est à la date de la réception de l’avis que le délai de prescription de 15 jours commence à courir.

[11] Aucune preuve n’établit que M<sup>me</sup> Adam aurait été incapable de comprendre les renseignements qui lui ont été transmis si elle les avait lus. Elle ne nie pas non plus les avoir reçus.

[12] Ms. Adam made a PDRCC application, but it was not mailed until October 3, 1997, well outside the 15-day time limit. Her application was rejected summarily by an immigration officer on the basis that he did not have the authority to deal with a PDRCC application postmarked more than 22 days after the negative refugee determination. It is that decision that is the subject of the judicial review from which this appeal has been taken.

[13] The explanation for the late filing is as follows. During the refugee claim process, Ms. Adam was represented by a lawyer. Ms. Adam says in her affidavit that when she received the negative decision with respect to her refugee claim, she attempted to contact her lawyer, but he did not return her calls for approximately one week. When he finally contacted her, he explained that he had moved offices and as a result had not learned of the negative decision. She later met with him, and he explained the procedure for seeking judicial review of the decision. She paid him \$50 to cover the filing fee, which she had received from relatives in Canada.

[14] With respect to the possibility of a PDRCC application, Ms. Adam deposes as follows:

We did not discuss his assisting me in submitting a PDRCC, since this was too expensive. He did not advise me that there was a time limit for submitting the PDRCC and that I could sign the form and send it in on my own to ensure that the PDRCC application would be considered.

[15] This suggests that a PDRCC application was discussed with Ms. Adam, but rejected because of the cost of the lawyer's services. In a letter dated October 2, 1997, Ms. Adam's present lawyer represented to the Manager of the Post Determination Review section in Toronto that Ms. Adam's former lawyer did not inform Ms. Adam of the opportunity to complete a PDRCC application "as he believed the success rate to

[12] M<sup>me</sup> Adam a présenté une demande visant l'attribution de la qualité de DNRSRC, mais ne l'a postée que le 3 octobre 1997, bien après l'expiration du délai de prescription de 15 jours. Un agent d'immigration a rejeté sommairement sa demande parce qu'il n'avait pas le pouvoir de traiter une demande visant l'attribution de la qualité de DNRSRC oblitérée plus de 22 jours après la date du rejet de la revendication. C'est cette décision qui fait l'objet de la demande de contrôle judiciaire visée par l'appel.

[13] Voici l'explication fournie relativement à la présentation tardive de la demande. Au cours du processus de revendication du statut de réfugié, M<sup>me</sup> Adam était représentée par un avocat. M<sup>me</sup> Adam affirme dans son affidavit avoir tenté de communiquer avec son avocat lorsqu'elle a reçu la décision défavorable concernant sa revendication, mais que celui-ci ne l'a pas rappelée avant environ une semaine. Lorsqu'il a finalement communiqué avec elle, il lui a expliqué qu'il avait déménagé son bureau et qu'il n'avait donc pas pris connaissance de la décision défavorable. Elle l'a rencontré plus tard et il lui a expliqué la procédure à suivre pour demander le contrôle judiciaire de cette décision. Elle lui a versé la somme de 50 \$, qu'elle avait reçue de membres de sa famille au Canada pour payer les droits de dépôt.

[14] En ce qui concerne la possibilité de présenter une demande visant l'attribution de la qualité de DNRSRC, M<sup>me</sup> Adam a offert le témoignage suivant:

[TRADUCTION] Nous n'avons pas parlé de l'aide qu'il aurait pu m'apporter pour que je présente une demande visant l'attribution de la qualité de DNRSRC, parce que cette démarche coûtait trop cher. Il ne m'a pas dit qu'il existait un délai de prescription pour la présentation d'une demande visant l'attribution de la qualité de DNRSRC ni que je pouvais signer un formulaire et l'envoyer moi-même pour m'assurer que ma demande serait traitée.

[15] Ce témoignage laisse croire que l'avocat a discuté d'une demande visant l'attribution de la qualité de DNRSRC avec M<sup>me</sup> Adam, mais que cette solution a été écartée en raison du coût des services de l'avocat. Dans une lettre postérieure, en date du 2 octobre 1997, l'avocate actuelle de M<sup>me</sup> Adam a expliqué au directeur de la section de la révision des revendications refusées de Toronto que l'ancien avocat de M<sup>me</sup>

be too low to apply”.

[16] It is not possible to determine from the record whether or not Ms. Adam’s former lawyer gave her appropriate advice with respect to the PDRCC procedure. But whatever his advice to Ms. Adam may have been, it is clear that the documents sent to her by the CRDD contained the information and the form she required.

[17] In due course, Ms. Adam’s application for leave to commence an application for judicial review of the negative refugee determination failed for failure to perfect the application record. The suggested reason for that is that Ms. Adam was unable to afford to pay her former lawyer, and no financial assistance was available to her through her family, legal aid or her present counsel, who works for Parkdale Community Legal Services.

[18] Ms. Adam was also entitled to make an application under subsection 114(2) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 102] of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, for relief on humanitarian and compassionate grounds. She did not do so. It was suggested in argument that this was due to her inability to pay the \$500 fee. However, the Motions Judge noted that the evidence on this point was insufficient. Ms. Adam did not give direct evidence as to the reasons for her failure to file a subsection 114(2) application.

[19] The first question is whether an immigration officer has the inherent jurisdiction to extend the statutory time limit for filing an application under the PDRCC regulations. In my view, the answer must be no. The time limit is an integral part of the determination procedure for the PDRCC class and thus is a statutory limitation on the authority of immigration officers to deal with applications under the PDRCC regulations. The language of the time limitation is clear and unambiguous.

Adam ne l’avait pas informée de la possibilité de remplir un formulaire de demande visant l’attribution de la qualité de DNRSRC [TRADUCTION] «parce qu’il croyait que les chances de succès étaient trop faibles pour présenter une demande».

[16] Il n’est pas possible de déterminer, à partir du dossier, si l’ancien avocat de M<sup>me</sup> Adam l’a ou non bien conseillée relativement à la procédure de demande visant l’attribution de la qualité de DNRSRC. Néanmoins, quels que soient les conseils qu’il a donnés à M<sup>me</sup> Adam, il est clair que les documents qui lui ont été envoyés par la SSR contenaient les renseignements et le formulaire dont elle avait besoin.

[17] La demande d’autorisation d’introduire une procédure de contrôle judiciaire présentée par M<sup>me</sup> Adam à l’encontre du rejet de sa revendication a échoué parce que le dossier de demande n’a pas été complété à temps. L’explication proposée à cet égard est que M<sup>me</sup> Adam n’était pas en mesure de payer son ancien avocat et qu’elle ne pouvait obtenir aucune aide financière de sa famille, de l’aide juridique, ni de son avocate actuelle, qui travaille pour la clinique juridique Parkdale Community Legal Services.

[18] M<sup>me</sup> Adam avait aussi le droit de présenter une demande en vertu du paragraphe 114(2) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 102] de la *Loi sur l’immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, afin d’obtenir réparation pour des motifs d’ordre humanitaires. Elle ne l’a pas fait. Il a été plaidé qu’elle n’était pas en mesure de payer les droits de 500 \$. Toutefois, le juge des requêtes a souligné que la preuve sur ce point était insuffisante. M<sup>me</sup> Adam n’a pas fourni de preuve directe quant aux raisons pour lesquelles elle n’a pas déposé de demande en vertu du paragraphe 114(2).

[19] La première question à trancher est celle de savoir si un agent d’immigration a le pouvoir inhérent de proroger le délai légal fixé pour le dépôt d’une demande sous le régime du règlement régissant les DNRSRC. Selon moi, il faut y répondre par la négative. Le délai de prescription fait partie intégrante de la procédure d’attribution de la qualité de DNRSRC et constitue une limite légale à la compétence conférée aux agents d’immigration pour traiter les demandes présentées en vertu du règlement régissant les

[20] The second certified question is whether the failure of the Governor in Council to provide in the PDRCC regulations for a discretionary power to extend the time limit is a breach of section 7 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]] because it does not accord with the principles of fundamental justice. Section 7 reads:

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.

[21] In *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 2 F.C. 592 (C.A.), this Court accepted without debate that the issuance of a “danger opinion” under paragraph 53(1)(b) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 43] of the *Immigration Act* engages section 7 of the Charter, if the result of the opinion is that the person may be removed to a country where he might be subject to torture. Subsequently, this Court held in *Farhadi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 6 Imm. L.R. (3d) 80 (F.C.A.), that a person who is found to have a credible basis for a Convention refugee claim against a particular country is entitled to a risk assessment and determination conducted in accordance with the principles of fundamental justice before a valid determination can be made to remove that person to that country.

[22] In both cases, the risk assessment was an aspect of the danger opinion procedure, which is a step in the removal process even though it is not by itself a decision to make a removal order or deportation order. In both cases, the Court found the legislative provision in issue to be an infringement of section 7 but valid because of section 1. (Leave to appeal to the Supreme Court of Canada has been granted in *Suresh* [[2000] S.C.C.A. No. 106 (QL)] and sought in *Farhadi*

DNRSRC. La disposition qui fixe ce délai est claire et ne comporte aucune ambiguïté.

[20] La deuxième question certifiée est celle de savoir si le défaut du gouverneur en conseil d’attribuer, dans le règlement régissant les DNRSRC, un pouvoir discrétionnaire de proroger ce délai contrevient à l’article 7 de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] parce qu’il n’est pas conforme aux principes de justice fondamentale. Voici ce que dit l’article 7:

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.

[21] Dans l’affaire *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2000] 2 C.F. 592 (C.A.), la Cour a reconnu sans débat que l’expression de l’opinion qu’une personne constitue un danger, prévue par l’alinéa 53(1)b) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 43] de la *Loi sur l’immigration*, enclenche l’application de l’article 7 de la Charte, si cette opinion a pour effet de permettre le renvoi de l’intéressé dans un pays où il est susceptible d’être torturé. Par la suite, la Cour a statué, dans l’arrêt *Farhadi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)* (2000), 6 Imm. L.R. (3d) 80 (C.A.F.), qu’une personne, dont le fondement de la revendication du statut de réfugié à l’égard d’un pays donné est jugé crédible, a droit à ce qu’une évaluation du risque soit effectuée et une décision prise à cet égard en conformité avec les principes de la justice fondamentale avant qu’il puisse être décidé valablement de la renvoyer dans ce pays.

[22] Dans ces deux causes, l’évaluation du risque constituait un aspect de la procédure d’expression de l’opinion que l’intéressé représentait un danger, qui est l’une des étapes du processus de renvoi, même si elle ne correspond pas en soi à la décision de prendre une mesure de renvoi ou d’expulsion. Dans les deux cas, la Cour a conclu que la disposition législative en cause contrevenait à l’article 7 de la Charte, mais qu’elle était validée par l’article premier. (Une autorisation de

[[2000] S.C.C.A. No. 251 (QL).]

[23] In the case of a failed refugee claimant, the process of removal starts with the rejection of the refugee claim. The PDRCC procedure permits a failed refugee claimant to obtain the same kind of risk assessment that is automatically made available to refugees or refugee claimants who are the subject of a danger opinion. Having accepted that the risk of harm upon removal of such persons engages section 7 of the Charter, it would be incongruous to find that a person who is a failed refugee claimant cannot invoke section 7 of the Charter to assert a right to a risk assessment procedure conducted in accordance with the principles of fundamental justice.

[24] I conclude, therefore, that failed refugee claimants are entitled to a procedure that accords with the principles of fundamental justice in the determination of the potential risk of removal. However, the issue is not whether the existence of a strict time limitation for PDRCC applications, with no provision for discretionary extension, accords with the principles of fundamental justice. The issue is whether the scheme of the *Immigration Act*, considered as a whole, affords failed refugee claimants sufficient procedural protection against removal to a country where their personal security is at risk.

[25] In my view, that test is met. The *Immigration Act* provides several procedural protections available to a failed refugee claimant who faces a risk of removal to such a country. First, there is a right to seek judicial review of the negative refugee determination. Second, there is a right under subsection 114(2) to apply for permanent residence in Canada on humanitarian and compassionate grounds (which may include a risk assessment), coupled with the right to

pourvoi à la Cour suprême du Canada a été accordée dans l'affaire *Suresh* [[2000] S.C.C.A. n° 106 (QL)] et demandée dans l'affaire *Farhadi* [[2000] S.C.C.A. n° 251 (QL).]

[23] Le processus de renvoi d'un demandeur débouté du statut de réfugié commence par le rejet de sa revendication. La procédure d'attribution de la qualité de DNRSRC permet au demandeur débouté du statut de réfugié d'obtenir le même type d'évaluation du risque que celle à laquelle ont droit automatiquement les réfugiés ou les demandeurs du statut de réfugié qui font l'objet d'une opinion portant qu'ils constituent un danger. Il serait incongru, après avoir reconnu que le risque auquel ces derniers sont exposés enclenche l'application de l'article 7 de la Charte, de conclure qu'un demandeur débouté du statut de réfugié ne peut invoquer l'article 7 de la Charte pour faire valoir son droit à une évaluation du risque conforme aux principes de justice fondamentale.

[24] Je conclus donc que les demandeurs déboutés du statut de réfugié ont droit à une procédure conforme aux principes de justice fondamentale pour l'évaluation du risque auquel leur renvoi peut les exposer. Néanmoins, la question à trancher ne consiste pas à déterminer si l'existence d'un délai de prescription strict pour le dépôt d'une demande visant l'attribution de la qualité de DNRSRC, sans disposition conférant un pouvoir discrétionnaire de prorogation, est conforme aux principes de justice fondamentale. La Cour doit plutôt décider si le régime établi par la *Loi sur l'immigration*, dans son ensemble, offre aux demandeurs déboutés du statut de réfugié une protection suffisante, sur le plan de la procédure, contre leur renvoi vers un pays où leur sécurité personnelle est menacée.

[25] Je suis d'avis que le régime législatif satisfait à ce critère. La *Loi sur l'immigration* établit plusieurs mesures de protection, sur le plan de la procédure, dont peuvent se prévaloir les demandeurs déboutés du statut de réfugié susceptibles d'être renvoyés dans un tel pays. Ils peuvent, premièrement, demander le contrôle judiciaire du rejet de leur revendication du statut de réfugié et, deuxièmement, demander le droit d'établissement sans avoir à quitter le pays en invo-

seek a stay of removal pending the determination of such an application. Third, there is a right to make a PDRCC application, which must include a risk assessment.

[26] The time limitation attached to the right to make a PDRCC application imposes on an intended applicant a reasonable obligation of diligence. That requirement does not vitiate the safeguards that are available to a person at risk of being deprived of personal security through removal to another country. Nor does it compel the immigration authorities to read the time limitation, which by its terms is mandatory, as though it is subject to a discretionary extension.

[27] The strongest authority in favour of Ms. Adam's position is the decision of this Court in *Bains v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 3 F.C. 487 (C.A.). In that case, this Court said that the Immigration Appeal Board had an obligation to consider an application for redetermination of a refugee claim, despite the fact that the application was filed outside the statutory time limits, because it had an overriding obligation to determine whether or not the applicant stands to be deprived of a Charter-protected right. That case was decided in the context of a previous version of the *Immigration Act*, and dealt with a refugee determination scheme that has since been replaced by the current one. It may be that under the former scheme, a time limitation as a bar to the determination of the appellant's refugee claim was a breach of a Charter right because it led inexorably to removal to a country where there was a risk of deprivation of personal security. However, that is not the situation under the current legislation. A person who does not file a PDRCC application, or whose PDRCC application fails, retains the option of an independent application for humanitarian and compassionate relief and a stay of removal, which in an appropriate case would include a risk assessment.

quant des motifs d'ordre humanitaire (avec la possibilité d'une évaluation du risque) en vertu du paragraphe 114(2), tout en demandant qu'il soit sursis au renvoi jusqu'à l'issue de la demande. Ils peuvent, troisièmement, présenter une demande visant l'attribution de la qualité de DNRSRC, qui comporte nécessairement une évaluation du risque.

[26] Le délai de prescription qui restreint le droit de présenter une demande visant l'attribution de la qualité de DNRSRC impose au demandeur éventuel une obligation de diligence raisonnable. Cette exigence ne porte pas atteinte aux garanties offertes à la personne dont la sécurité risque d'être menacée si elle est renvoyée dans un autre pays. Elle n'oblige pas non plus les autorités de l'immigration à interpréter ce délai de prescription, exprimé en termes obligatoires, comme s'il pouvait faire l'objet d'une prorogation discrétionnaire.

[27] La source la plus convaincante à l'appui des prétentions de M<sup>me</sup> Adam est la décision prononcée par la Cour dans l'affaire *Bains c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 3 C.F. 487 (C.A.). Dans cette affaire, la Cour a affirmé que la Commission d'appel de l'immigration avait l'obligation de traiter une demande de réexamen d'une revendication du statut de réfugié, même si elle était déposée après l'expiration du délai légal, parce qu'elle avait l'obligation prépondérante de déterminer si le demandeur était privé d'un droit garanti par la Charte. Cette instance a été tranchée dans le contexte d'une version précédente de la *Loi sur l'immigration* et sous un régime de reconnaissance du statut de réfugié qui a été remplacé depuis par le régime actuel. Il se peut que, sous l'ancien régime, un délai de prescription empêchant l'appelant de faire trancher sa revendication du statut de réfugié ait porté atteinte à un droit garanti par la Charte, parce qu'il menait inexorablement à son renvoi dans un pays où sa sécurité pouvait être menacée. Ce n'est cependant pas le cas sous le régime de la loi actuelle. Une personne qui ne dépose pas de demande visant l'attribution de la qualité de DNRSRC, ou dont la demande d'attribution de la qualité de DNRSRC est rejetée, peut toujours présenter une demande indépendante fondée sur des motifs

d'ordre humanitaire et une demande de sursis du renvoi, qui comporteraient, le cas échéant, une évaluation du risque.

[28] For these reasons, this appeal is dismissed.

[28] Pour ces motifs, l'appel est rejeté.

T-903-93  
T-1251-92

T-903-93  
T-1251-92

**Société des alcools du Québec (Plaintiff)**

**Société des alcools du Québec (demanderesse)**

v.

c.

**Her Majesty the Queen (Defendant)**

**Sa Majesté la Reine (défenderesse)**

**INDEXED AS: SOCIÉTÉ DES ALCOOLS DU QUÉBEC v. CANADA (T.D.)**

**RÉPERTORIÉ: SOCIÉTÉ DES ALCOOLS DU QUÉBEC c. CANADA (1<sup>re</sup> INST.)**

Trial Division, Lemieux J.—Montréal, March 29, 30, 2000; Ottawa, August 29, 2000.

Section de première instance, juge Lemieux—Montréal, 29 et 30 mars 2000; Ottawa, 29 août 2000.

*Customs and Excise — Excise Tax Act — Plaintiff public undertaking engaged in marketing of alcoholic beverages in Quebec — Claiming rebate of federal sales tax on inventory held as of December 31, 1990 when old sales tax replaced by GST — Transitional provision authorizing rebate of old sales tax — Regulations adopted under regulatory power conferred by Excise Tax Act must comply with purpose of Act — Purpose of Act, s. 120(5) to avoid double taxation of same property — Not achieved in case of alcoholic beverages — Disproportion between sales tax previously paid at 19% rate, rebate rate set at 8.1% — Plaintiff not receiving rebate to which entitled — Rebate factor ultra vires regulatory power conferred by Act, s. 120(5).*

*Douanes et accise — Loi sur la taxe d'accise — La demanderesse est une entreprise publique ayant comme fonction d'effectuer le commerce de boissons alcooliques au Québec — Elle demande le remboursement de la taxe de vente fédérale sur l'inventaire qu'elle détenait au 31 décembre 1990, lorsque l'ancienne taxe de vente a été remplacée par la TPS — Une disposition transitoire autorise le remboursement de l'ancienne taxe de vente — Les règlements adoptés en vertu du pouvoir réglementaire conféré par la Loi sur la taxe d'accise doivent respecter l'objet de la loi — L'objet de l'art. 120(5) de la Loi est d'éviter une double imposition des mêmes biens — Cet objet n'a pas été atteint dans le cas des boissons alcooliques — Il existe une disparité entre la taxe de vente antérieurement payée, au taux de 19 %, et le taux de remboursement fixé à 8,1 % — La demanderesse n'a pas obtenu le remboursement auquel elle avait droit — Le facteur de remboursement outrepassa le pouvoir de réglementation conféré par l'art. 120(5) de la Loi.*

*Construction of statutes — Claim for rebate of federal sales tax on inventory of alcoholic beverages, other goods held by plaintiff — GST replacing old sales tax — Excise Tax Act, s. 120(5) providing for calculation of rebate according to "prescribed method" — Whether Federal Sales Tax Inventory Rebate Regulations ultra vires powers conferred by Act, s. 120(5) — Rules of statutory interpretation means of clarifying Parliament's intention, purpose of Act — Purpose of s. 120(5) to avoid double taxation — Meaning of words "rembursement", "rebate" examined — Parliament intending sum of money owed be rebated in entirety — Factors mentioned in Regulations, s. 3 destroying purpose of Act in plaintiff's particular case.*

*Interprétation des lois — Demande de remboursement de la taxe de vente fédérale sur l'inventaire de boissons alcooliques et autres marchandises détenues par la demanderesse — La TPS a remplacé l'ancienne taxe de vente — L'art. 120(5) de la Loi sur la taxe d'accise prévoit le calcul du remboursement en fonction d'une «méthode prescrite» — Le Règlement sur le remboursement de la taxe de vente fédérale à l'inventaire outrepassa-t-il les pouvoirs conférés par l'art. 120(5) de la Loi ? — Les principes d'interprétation des lois nous permettent de cerner l'intention du législateur et l'objet de la Loi — L'objet de l'art. 120(5) est d'éviter une double imposition — Examen des termes «rembursement» et «rebate» — L'intention du législateur était d'obliger la remise intégrale d'une somme d'argent due — Les facteurs prévus à l'art. 3 du Règlement ont eu pour effet, dans le cas exclusif de la demanderesse, d'annihiler l'objet de la Loi.*

This was an appeal from two notices of decision by the Minister of National Revenue concerning a claim for a rebate of federal sales tax, made by the taxpayer, on inventory of alcoholic beverages and other goods held by it

Il s'agit d'un appel à l'encontre de deux avis de décision du ministre du Revenu national dans le cadre d'une demande de remboursement, faite par la contribuable, de la taxe de vente fédérale sur l'inventaire de boissons alcooliques



as of December 31, 1990. The taxpayer is a public undertaking engaged primarily in the marketing of alcoholic beverages in the province of Quebec. Before April 1990, subsection 50(1.1) of the *Excise Tax Act* provided for the collection of a 19% sales tax on alcoholic beverages. On April 10, 1990, Bill C-62 was adopted, creating, as of January 1, 1991, the Goods and Services Tax (GST) which is a tax on the final consumption at a fixed rate, 7% at the time of its adoption. To resolve uncertainty resulting from the tax change, Parliament adopted a transitional provision authorizing a rebate of the old sales tax, when the latter had been paid on inventories of goods held as of January 1, 1991. Subsection 120(5) of the Act provides for calculation of the rebate according to a "prescribed method" as set out in the *Federal Sales Tax Inventory Rebate Regulations*. Taxpayer made two rebate claims which gave rise to two notices of determination by the Deputy Minister of National Revenue, Customs and Excise. Taxpayer filed a notice of objection in both cases, which was rejected on the ground that it could only be entitled to a rebate totalling 8.1% of the value of goods in inventory held as of January 1, 1991. The issue on appeal was whether the *Federal Sales Tax Inventory Rebate Regulations*, making an 8.1% factor applicable to rebates of federal sales tax on alcoholic beverage inventories, were *ultra vires* the powers conferred by subsection 120(5) of the Act.

*Held*, the appeal should be allowed.

Regulations adopted under the regulatory power conferred by the *Excise Tax Act* must comply with the purpose of the Act, which expresses the intention of Parliament. The rules of statutory interpretation are the means of clarifying Parliament's intention and thereby the purpose of the Act. A regulation is *ultra vires* the regulatory power conferred by Parliament on the regulatory authority when it is contrary to the purpose of the Act or section of the Act conferring the said power. The Court must not apply the principles of interpretation laid down in the case law to the regulations without first considering the scope of the specific grant of regulatory power made by the legislation in question. Therefore, it is important to determine the purpose of subsection 120(5) of the *Excise Tax Act*, which confers on the regulatory authority the power to make regulations to determine the method for calculating the rebate and the factors to be used.

The purpose of section 120 was to provide for rebates so that taxpayers who had already paid the old sales tax and would now be required to pay GST would not be taxed twice on the same goods. The transitional provisions are intended to cover situations in which taxpayers would have

ques et d'autres marchandises détenues par cette dernière en date du 31 décembre 1990. La contribuable est une entreprise publique ayant comme principale fonction d'effectuer le commerce de boissons alcooliques dans la province de Québec. Avant le mois d'avril 1990, le paragraphe 50(1.1) de la *Loi sur la taxe d'accise* prévoyait le prélèvement d'une taxe de vente de 19 % sur les boissons alcooliques. Le 10 avril 1990 marqua l'adoption du projet de loi C-62 instaurant, en date du 1<sup>er</sup> janvier 1991, la Taxe sur les Produits et Services (TPS), une taxe sur la consommation finale ayant un taux fixe, soit 7 % à l'époque de son adoption. Afin de palier aux impondérables résultant du changement de taxe, le législateur prévoit une disposition transitoire autorisant le remboursement de l'ancienne taxe de vente, lorsque cette dernière avait été payée sur les inventaires de biens détenus au 1<sup>er</sup> janvier 1991. Le paragraphe 120(5) de la Loi prévoit le calcul du remboursement en fonction d'une «méthode prescrite» énoncée dans le *Règlement sur le remboursement de la taxe de vente fédérale à l'inventaire*. La contribuable a présenté deux demandes de remboursement qui ont donné lieu à l'émission, par le sous-ministre du Revenu national, Douanes et Accise, de deux avis de détermination. Elle a déposé un avis d'opposition dans les deux cas, qui a été rejeté au motif qu'elle ne pouvait avoir droit qu'à un remboursement totalisant 8,1 % de la valeur des marchandises en inventaire au 1<sup>er</sup> janvier 1991. La question en litige consiste à savoir si le *Règlement sur le remboursement de la taxe de vente fédérale à l'inventaire* prescrivant un facteur de 8,1 % applicable dans le cas d'un remboursement de la taxe de vente fédérale sur des inventaires de boissons alcooliques outrepassé les pouvoirs conférés par le paragraphe 120(5) de la Loi.

*Jugement*: l'appel est accueilli.

Les règlements adoptés en vertu du pouvoir réglementaire conféré par la *Loi sur la taxe d'accise* doivent respecter l'objet de la Loi qui exprime ainsi l'intention du législateur. Les principes d'interprétation des lois nous permettent de cerner l'intention du législateur et, par ce fait même, l'objet de la Loi. Un règlement outrepassé le pouvoir réglementaire conféré par le législateur à l'autorité réglementante lorsqu'il ne correspond pas à l'objet de la loi ou de l'article de cette loi conférant ledit pouvoir. La Cour doit prendre garde d'appliquer aux règlements les principes d'interprétation dégagés par la jurisprudence sans d'abord s'interroger sur la portée du pouvoir réglementaire spécifique que confère la législation en cause. Ainsi, il est important de déterminer l'objet du paragraphe 120(5) de la *Loi sur la taxe d'accise*, qui confère à l'autorité réglementante le pouvoir de prendre des règlements dans le but de déterminer la méthode de calcul du remboursement et les facteurs devant être utilisés.

L'objet de l'article 120 est de prévoir un remboursement pour éviter aux contribuables qui ont déjà payé l'ancienne taxe de vente et qui seraient aujourd'hui obligés de verser la TPS de se voir imposer une nouvelle fois sur les mêmes biens. Les dispositions transitoires visent à prévenir certaines

had to pay tax on the same property twice. By the wording used in paragraph 120(3)(a) of the Act, Parliament imposed a duty on the Minister to pay rebates to those entitled to them under that provision and who make application therefor. Subsection 120(5), by use of the word "prescribed", delegates to a regulatory authority the power to make regulations establishing parameters for the effective implementation of the rebate provisions. The use by Parliament of the word "rebate" confirms its intent to require the rebate of a sum of money in its entirety. The purpose of section 120 is to ensure that there would be a procedure for rebating the sales tax paid before January 1, 1991, in order to avoid double taxation of the same property. In the case of alcoholic beverages, that purpose was not achieved. There is a great disparity between the sales tax previously paid, at the rate of 19%, and the rebate (or factor) set at 8.1%. In view of the purpose of the Act, taxpayer did not receive the rebate to which it was entitled, due to the adoption of this factor which was disproportionate in relation to the tax previously paid. The factors mentioned in section 3 of the Regulations have the result, in the plaintiff's particular case, of destroying the purpose of the Act. Given the plaintiff's exceptional situation as importer, distributor, wholesaler and retailer, the 8.1% rebate factor provided for in paragraph 3(h) of the Regulations, adopted under the regulatory power conferred by subsection 120(5) of the Act, is *ultra vires* in that it does not comply with the purposes of that provision. However, since section 120 is *intra vires* in most cases, it should not be ruled invalid so as to create a needless legal void that could not be filled by adopting new regulations. Taxpayer was entitled to a full rebate of the amount claimed.

situations où des contribuables auraient été contraints à payer deux fois une taxe sur un même bien. Par la phraséologie utilisée à l'alinéa 120(3)a) de la Loi, le législateur impose l'obligation au ministre de verser un remboursement à la personne qui y a droit, en vertu de cette disposition, et qui en fait la demande. Par l'utilisation des mots «prescrite» et «prescrits», le paragraphe 120(5) délègue à une autorité réglementante le pouvoir de prendre un règlement afin d'établir les paramètres nécessaires à la bonne marche du remboursement. L'utilisation par le législateur du mot «remboursement» confirme son intention d'obliger la remise d'une somme d'argent dans son intégralité. L'objet de l'article 120 est d'assurer la mise en place d'un mécanisme de remboursement de la taxe de vente payée avant le 1<sup>er</sup> janvier 1991 afin d'éviter une double imposition des mêmes biens. Dans le cas de boissons alcooliques, ce but n'a pas été atteint. Il existe une grande disparité entre la taxe de vente antérieurement payée, qui était au taux de 19 %, et le taux (ou facteur) de remboursement fixé à 8,1 %. Compte tenu de l'objet de la Loi, la contribuable n'a pas obtenu le remboursement auquel elle aurait dû avoir droit et ce, en raison de l'adoption de ce facteur disproportionné eu égard à la taxe antérieurement payée. Les facteurs prévus à l'article 3 du Règlement ont eu pour effet, dans le cas exclusif de la demanderesse, d'annihiler l'objet de la Loi. Vu la situation exceptionnelle de la demanderesse qui exerce à la fois le rôle d'importateur, de distributeur, de grossiste et de détaillant, le facteur de remboursement de 8,1 % prévu à l'alinéa 3h) du Règlement, adopté en vertu du pouvoir réglementaire prévu au paragraphe 120(5) de la Loi, est *ultra vires* en ce qu'il ne respecte pas l'objet de la disposition en question. Néanmoins, puisque l'article 120 s'avère *intra vires* dans la grande majorité des cas, il ne devrait pas être déclaré inopérant et ce, afin d'éviter un vide juridique inutile qui ne pourrait être comblé par l'adoption d'un nouveau règlement. La contribuable était en droit d'obtenir le plein remboursement de la somme réclamée.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Excise Act*, R.S.C., 1985, c. E-14.

*Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15, ss. 2(1) "prescribed" (as am. by S.C. 1990, c. 45, s. 1), 50(1.1) (as enacted by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 15, s. 19; (2nd Supp.), c. 7, s. 16; S.C. 1989, c. 22, s. 3), 81.2 (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 7, s. 38; (4th Supp.), c. 47, s. 52), 118 (as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12; 1993, c. 27, s. 6), 120(1) "inventory" (as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12; 1993, c. 27, s. 6), "tax-paid goods" (as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12; 1993, c. 27, s. 6), (3) (as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12), (5) (as enacted *idem*), 121 (as enacted *idem*; 1993, c. 27, s. 7; 1994, c. 9, s. 1).

*Federal Sales Tax Inventory Rebate Regulations*, SOR/91-52, ss. 3, 4.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur l'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-14.

*Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 2(1) «prescrit» (mod. par L.C. 1990, ch. 45, art. 1), 50(1.1) (édicte par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 15, art. 19; (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 7, art. 16; L.C. 1989, ch. 22, art. 3), 81.2 (édicte par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 7, art. 38; (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 47, art. 52), 118 (édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12; 1993, ch. 27, art. 6), 120(1) «inventaire» (édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12; 1993, ch. 27, art. 6), «marchandises libérées de taxe» (édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12; 1993, ch. 27, art. 6), (3) (édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12), (5) (édicte, *idem*), 121 (édicte, *idem*; 1993, ch. 27, art. 7; 1994, ch. 9, art. 1).

*Règlement sur le remboursement de la taxe de vente fédérale à l'inventaire*, DORS/91-52, art. 3, 4.

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; (1998), 36 O.R. (3d) 418; 154 D.L.R. (4th) 193; 50 C.B.R. (3d) 163; 33 C.C.E.L. (2d) 173; 221 N.R. 241; 106 O.A.C. 1; *Canada v. St. Lawrence Cruise Lines Inc.*, [1997] 3 F.C. 899; (1997), 148 D.L.R. (4th) 480; 215 N.R. 278 (C.A.).

## REFERRED TO:

*CanadianOxy Chemicals Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1999] 1 S.C.R. 743; (1999), 171 D.L.R. (4th) 733; 122 B.C.A.C. 1; 133 C.C.C. (3d) 426; 29 C.E.L.R. (N.S.) 1; 23 C.R. (5th) 259; 237 N.R. 373; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montréal (City)*; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Boisbriand (City)*, [2000] 1 S.C.R. 665; (2000), 185 D.L.R. (4th) 385; 50 C.C.E.L. (2d) 247; 253 N.R. 107; *CKOY Ltd. v. Her Majesty The Queen on the relation of Lorne Mahoney*, [1979] 1 S.C.R. 2; (1978), 90 D.L.R. (3d) 1; 43 C.C.C. (2d) 1; 40 C.P.R. (2d) 1; 24 N.R. 254; *Alaska Trainship Corporation et al. v. Pacific Pilotage Authority*, [1981] 1 S.C.R. 261; (1981), 120 D.L.R. (3d) 577; 35 N.R. 271; *Attorney General of Canada v. Silk*, [1983] 1 S.C.R. 335; (1983), 145 D.L.R. (3d) 221; 83 CLC 14,025; 47 N.R. 57.

## AUTHORS CITED

*New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles*. Oxford: Clarendon Press, 1993, «rebate».  
*Petit Larousse Illustré*. Paris: Larousse, 1994, «remboursement», «rembourser».  
*Petit Robert 1: Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*. Paris: Le Robert, 1983, «remboursement», «rembourser».

APPEAL from two notices of decision by the Minister of National Revenue affirming two notices of determination in connection with a claim for a rebate of federal sales tax, made by the plaintiff, on inventory of alcoholic beverages and other goods held by latter as of December 31, 1990 when the former sales tax was replaced by the GST. Appeal allowed.

## APPEARANCES:

*Claude P. Desaulniers* for plaintiff.  
*Jacques Savary* for defendant.

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; (1998), 36 O.R. (3d) 418; 154 D.L.R. (4th) 193; 50 C.B.R. (3d) 163; 33 C.C.E.L. (2d) 173; 221 N.R. 241; 106 O.A.C. 1; *Canada c. St. Lawrence Cruise Lines Inc.*, [1997] 3 C.F. 899; (1997), 148 D.L.R. (4th) 480; 215 N.R. 278 (C.A.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*CanadianOxy Chemicals Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1999] 1 R.C.S. 743; (1999), 171 D.L.R. (4th) 733; 122 B.C.A.C. 1; 133 C.C.C. (3d) 426; 29 C.E.L.R. (N.S.) 1; 23 C.R. (5th) 259; 237 N.R. 373; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665; (2000), 185 D.L.R. (4th) 385; 50 C.C.E.L. (2d) 247; 253 N.R. 107; *CKOY Ltd. c. Sa Majesté La Reine sur la dénonciation de Lorne Mahoney*, [1979] 1 R.C.S. 2; (1978), 90 D.L.R. (3d) 1; 43 C.C.C. (2d) 1; 40 C.P.R. (2d) 1; 24 N.R. 254; *Alaska Trainship Corporation et autre c. Administration de pilotage du Pacifique*, [1981] 1 R.C.S. 261; (1981), 120 D.L.R. (3d) 577; 35 N.R. 271; *Procureur général du Canada c. Silk*, [1983] 1 R.C.S. 335; (1983), 145 D.L.R. (3d) 221; 83 CLC 14,025; 47 N.R. 57.

## DOCTRINE

*New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles*. Oxford: Clarendon Press, 1993, «rebate».  
*Petit Larousse Illustré*. Paris: Larousse, 1994, «remboursement», «rembourser».  
*Petit Robert 1: Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*. Paris: Le Robert, 1983, «remboursement», «rembourser».

APPEL à l'encontre de deux avis de décision du ministre du Revenu national confirmant deux avis de détermination dans le cadre d'une demande de remboursement, faite par la demanderesse, de la taxe de vente fédérale sur l'inventaire de boissons alcooliques et d'autres marchandises détenues par cette dernière en date du 31 décembre 1990, lorsque l'ancienne taxe de vente a été remplacée par la TPS. Appel accueilli.

## ONT COMPARU:

*Claude P. Desaulniers* pour la demanderesse.  
*Jacques Savary* pour la défenderesse.

## SOLICITORS OF RECORD:

*McCarthy Tétrault*, Montréal, for plaintiff.

*Deputy Attorney General of Canada* for defendant.

*The following is the English version of the reasons for judgment rendered by*

LEMIEUX J.:

## INTRODUCTION

[1] The case at bar concerns an appeal filed by the plaintiff, the Société des alcools du Québec, pursuant to section 81.2 [as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 7, s. 38; (4th Supp.), c. 47, s. 52] of the *Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15 (the Act) from two notices of decision by the Minister of National Revenue affirming two notices of determination in connection with a claim for a rebate of federal sales tax, made by the plaintiff, on inventory on alcoholic beverages and other goods held by the latter as of December 31, 1990.

## FACTS AND APPLICABLE LEGISLATION

[2] The plaintiff is a public undertaking having as its primary function the marketing of alcoholic beverages and control thereof in the province of Quebec. As appears from the evidence in the record, the plaintiff's powers under its enabling legislation are essentially the following:

- The plaintiff has exclusive power in Quebec to import, purchase, distribute and sell at wholesale and retail spirits, wine and beer bottled outside Quebec.
- It has an exclusive right to the initial distribution of all the wine bottled in Quebec.
- The wholesale and retail sale of spirits and of wines and beer bottled outside Quebec is done through the

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*McCarthy Tétrault*, Montréal, pour la demanderesse.

*Le sous-procureur général du Canada* pour la défenderesse.

*Voici les motifs du jugement de la décision rendus en français par*

LE JUGE LEMIEUX:

## INTRODUCTION

[1] Dans le cadre du présent litige, il s'agit d'un appel déposé par la demanderesse, la Société des alcools du Québec en vertu de l'article 81.2 [édicte par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 7, art. 38; (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 47, art. 52] de la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15 (la Loi) à l'encontre de deux avis de décision du ministre du Revenu national confirmant deux avis de détermination dans le cadre d'une demande de remboursement de la taxe de vente fédérale, faite par la demanderesse, à l'inventaire sur les boissons alcooliques et autres marchandises détenues par cette dernière en date du 31 décembre 1990.

## LES FAITS ET LA LÉGISLATION APPLICABLE

[2] La demanderesse est une entreprise publique ayant comme principale fonction d'effectuer le commerce de boissons alcooliques et d'en assurer la gestion dans la province de Québec. Tel qu'il appert de la preuve aux dossiers, les pouvoirs de la demanderesse en vertu de sa loi constitutive sont essentiellement les suivants:

- La demanderesse a la pouvoir exclusif au Québec d'importer, d'acheter, de distribuer et de vendre en gros et au détail des spiritueux, des vins et des bières embouteillés à l'extérieur du Québec.
- Elle a l'exclusivité de la première distribution de tous les vins embouteillés au Québec.
- La vente en gros et au détail des spiritueux et des vins et bières embouteillés à l'extérieur du Québec se

plaintiff's network of branches and agencies.

- The retail sale of wine bottled in Quebec is done through the plaintiff's network of branches and agencies and by the holders of grocery licences, who are supplied by distributors specifically authorized by the plaintiff for that purpose: the distributors must obtain their supplies exclusively from the plaintiff.

- The plaintiff has the exclusive right to supply wines and spirits to all establishments holding licences from the Régie des permis d'alcool of Quebec and authorizing the sale of alcoholic beverages for on-the-spot consumption at these establishments.

[3] Before April 1990, subsection 50(1.1) [as enacted by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 15, s. 19; (2nd Supp.), c. 7, s. 16; S.C. 1989, c. 22, s. 3] of the Act provided for the collection of a 19 percent sales tax on alcoholic beverages:

50. . . .

(1.1) Tax imposed by subsection (1) is imposed

(a) in the case of wines, and goods on which a duty of excise is imposed under the *Excise Act* or would be if the goods were produced or manufactured in Canada, at the rate of nineteen per cent.

[4] On April 10, 1990 the House of Commons proceeded to adopt Bill C-62, creating as of January 1, 1991 a new type of sales tax, the Goods and Services Tax (the GST), to replace the old sales tax covered by section 50 of the Act, which was paid both by the importer and by the manufacturer and distributor, and not by the consumer of the item or product in question.

[5] Unlike the old sales tax, the GST is a tax on the final consumption at a fixed rate, 7 percent at the time of its adoption, applicable to all goods and services sold in Canada and paid successively at every stage of the production and distribution of goods. This tax is a tax on final consumption in that it is generally paid

fait dans le réseau de succursales et d'agences de la demanderesse.

- La vente au détail des vins embouteillés au Québec se fait dans le réseau de succursales et d'agences de la demanderesse ainsi que par des détenteurs de permis d'épicerie qui sont approvisionnés par des distributeurs spécifiquement autorisés à cet effet par la demanderesse. Les distributeurs doivent s'approvisionner exclusivement de la demanderesse.

- La demanderesse a l'exclusivité d'approvisionnement en vins et spiritueux de tous les établissements qui détiennent des permis de la Régie des permis d'alcool du Québec et autorisant la vente de boissons alcooliques pour consommation sur les lieux de ces établissements.

[3] Avant avril 1990, le paragraphe 50(1.1) [édicte par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 15, art. 19; (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 7, art. 16; L.C. 1989, ch. 22, art. 3] de la Loi prévoyait le prélèvement d'une taxe de vente de 19 % sur les boissons alcooliques:

50. [ . . . ]

(1.1) La taxe prévue au paragraphe (1) est imposée aux taux suivants :

a) dix-neuf pour cent, dans le cas d'une part des vins, d'autre part des marchandises sur lesquelles un droit d'accise est imposé en vertu de la *Loi sur l'accise* ou le serait si elles étaient produites ou fabriquées au Canada;

[4] Le 10 avril 1990, la Chambre des communes procéda à l'adoption du projet de loi C-62 instaurant au 1<sup>er</sup> janvier 1991, une nouvelle forme de taxe de vente soit la Taxe sur les Produits et Services (TPS) et ce, afin de remplacer l'ancienne taxe de vente prévue à l'article 50 de la Loi qui était acquittée tant par l'importateur que par le manufacturier et le distributeur et non par le consommateur de l'article ou du produit visé.

[5] À la différence de l'ancienne taxe de vente, la TPS est une taxe sur la consommation finale ayant un taux fixe, 7 % à l'époque de son adoption, applicable sur tous les biens et services vendus au Canada et acquittée successivement à toutes les étapes de production et de distribution des produits. Cette taxe consti-

ultimately by the consumer. Through procedures provided for in the Act, persons engaging in commercial activity who are involved in one of the stages of producing or distributing a taxable product may generally request reimbursement of the tax paid through the input tax credit.

[6] To resolve uncertainty resulting from the tax change, Parliament adopted certain transitional provisions, including a provision authorizing a rebate of the old sales tax, when the latter had been paid, on inventories of goods held as of January 1, 1991 by registered merchants, distributors and importers within the meaning of the Act.

[7] To indicate the framework necessary for interpreting these transitional provisions, subsection 120(1) [as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12; 1993, c. 27, s. 6] of the Act provided definitions of “inventory” and “tax-paid goods”:

120. (1) . . .

. . .

“inventory” of a person as of any time means items of tax-paid goods that are described in the person’s inventory in Canada at that time and that are

(a) held at that time for sale, lease or rental separately, for a price or rent in money, to others in the ordinary course of a commercial activity of the person, or

(b) building materials held at that time for use by the person in a business of constructing, renovating or improving buildings or structures carried on by the person, but not including any such goods that before that time have been incorporated into new construction or a renovation or improvement or have otherwise been delivered to a construction, renovation or improvement job site,

and that are not

(c) capital properties of the person,

(d) held by the person for use in the construction, renovation or improvement of property that is or is to be capital property of the person, or

tue une taxe sur la consommation finale en ce qu’elle est généralement acquittée, en bout de compte, par le consommateur. En effet, par l’entremise de mécanismes prévus à la Loi, les personnes qui exercent une activité commerciale intervenant dans l’une des étapes de la production ou de la distribution d’une fourniture taxable peuvent, généralement, demander un remboursement de la taxe payée par le biais du crédit sur les intrants.

[6] Afin de palier aux impondérables résultant du changement de taxe, le législateur prévoit certaines dispositions transitoires dont une disposition autorisant le remboursement de l’ancienne taxe de vente, lorsque cette dernière avait été payée, sur les inventaires de biens détenus au 1<sup>er</sup> janvier 1991 par les commerçants, distributeurs et importateurs inscrits au sens de la Loi.

[7] Afin de fixer les balises nécessaires à l’interprétation de ces dispositions transitoires, le paragraphe 120(1) [édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12; 1993, ch. 27, art. 6] de la Loi fournit les définitions d’«inventaire» et de «marchandises libérées de taxe»:

120. (1) [ . . . ]

[ . . . ]

«inventaire» État descriptif des marchandises libérées de taxe d’une personne à un moment donné qui figurent à l’inventaire de la personne au Canada à ce moment et qui, à ce même moment, selon le cas :

a) sont destinées à être vendues ou louées séparément pour un prix ou un loyer en argent, dans le cours normal d’une activité commerciale de la personne;

b) sont des matériaux de construction réservés à l’usage de la personne dans le cadre d’une entreprise de construction, de rénovation ou d’amélioration de bâtiments ou de constructions qu’elle exploite, à l’exclusion de telles marchandises qui, avant ce moment, faisaient partie de constructions nouvelles ou de rénovations ou d’améliorations ou ont autrement été livrées à un chantier de construction, de rénovation ou d’amélioration.

Ne sont pas de telles marchandises :

c) les immobilisations de la personne;

d) les marchandises que la personne destine à la construction, à la rénovation ou à l’amélioration d’un bien qui est son immobilisation ou doit le devenir;

(e) included in the description of any other person's inventory at that time;

“tax-paid goods” means goods, acquired before 1991 by a person, that have not been previously written off in the accounting records of the person's business for the purposes of the *Income Tax Act* and that are, as of the beginning of January 1, 1991,

(a) new goods that are unused,

(b) remanufactured or rebuilt goods that are unused in their condition as remanufactured or rebuilt goods, or

(c) used goods

and on the sale price or on the volume sold of which tax (other than tax payable in accordance with subparagraph 50(1)(a)(ii)) was imposed under subsection 50(1), was paid and is not, but for this section, recoverable.

[8] Subsection 120(5) [as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12] of the Act provides for calculation of the rebate as follows:

**120. . . .**

(5) Subject to subsection (8), for the purposes of subsection (3), the rebate payable to a person in respect of the person's inventory as of the beginning of January 1, 1991 is, subject to subsection 337(7), the amount determined by a prescribed method using prescribed tax factors.

[9] The said “prescribed method” was set out in the *Federal Sales Tax Inventory Rebate Regulations*, SOR/91-52 (the Regulations) created by the then Minister of Finance, the relevant sections of which are as follows:

3. For the purposes of subsection 120(5) of the Act, the prescribed tax factors in respect of the following classes of goods are:

(a) in the case of goods included in Schedule IV to the Act, 5.6%;

(b) in the case of gasoline, the rate of tax under Part VI of the Act applicable on December 31, 1990 in respect of unleaded gasoline;

(c) in the case of diesel fuel, the rate of tax under Part VI of the Act applicable on December 31, 1990 in respect of diesel fuel;

e) les marchandises figurant à l'inventaire d'une autre personne à ce moment.

«marchandises libérées de taxe» Marchandises, acquises par une personne avant 1991, qui n'ont jamais été radiées des livres comptables de l'entreprise de la personne pour l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, dont le prix de vente ou la quantité vendue a été frappé de la taxe prévue au paragraphe 50(1) (sauf la taxe payable en conformité avec le sous-alinéa 50(1)a(ii)), laquelle a été payée et serait irrécouvrable en l'absence du présent article, et qui sont, au début du 1<sup>er</sup> janvier 1991:

a) des marchandises neuves qui n'ont jamais servi;

b) des marchandises qui ont été refabriquées ou reconstruites et qui n'ont jamais servi depuis;

c) des marchandises d'occasion.

[8] Le paragraphe 120(5) [édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12] de la Loi prévoit le calcul du remboursement de la façon suivante:

**120. [ . . . ]**

(5) Sous réserve du paragraphe (8) et pour l'application du paragraphe (3), le remboursement à verser à une personne relativement à son inventaire au début du 1<sup>er</sup> janvier 1991 correspond, sous réserve du paragraphe 337(7), au montant calculé selon une méthode prescrite utilisant des facteurs prescrits.

[9] Ladite «méthode prescrite» fut élaborée dans le *Règlement sur le remboursement de la taxe de vente fédérale à l'inventaire*, DORS/91-52 (le Règlement) créé par la ministre des Finances de l'époque, dont les articles pertinents sont les suivants:

3. Pour l'application du paragraphe 120(5) de la Loi, sont visés les facteurs suivants quant aux catégories données de marchandises:

a) pour les marchandises mentionnées à l'annexe IV de la Loi, 5,6 %;

b) pour l'essence, le taux de taxe prévu à la partie VI de la Loi et applicable à l'essence sans plomb le 31 décembre 1990;

c) pour le combustible diesel, le taux de taxe prévu à la partie VI de la Loi et applicable à ce combustible le 31 décembre 1990;

(d) in the case of propane, 1.4%;

(e) in the case of mobile homes and modular building units, 2.8%;

(f) in the case of motor vehicles designed for highway use, 11.1%;

(g) in the case of software products, 8.1%; and

(h) in any other case, 8.1%.

4. For the purposes of subsection 120(5) of the Act, the rebate in respect of a person's inventory is

(a) the total of all amounts each of which is determined for a class of goods, by the formula

$$A \times B$$

where

A is the prescribed tax factor in respect of the class of goods; and

B is

(i) where the class of goods is gasoline or diesel fuel, the number of litres of gasoline or diesel fuel, as the case may be, that form part of the inventory,

(ii) where the class of goods is software products, the total value of the computer carrier media, excluding the value of instructions or data stored thereon, that form part of the inventory or the product obtained when \$5 is multiplied by the number of those computer carrier media, and

(iii) in any other case, the total value of goods in the class (other than used goods) that form part of that inventory, as that total value would be required to be determined at the beginning of January 1, 1991 for the purpose of computing the person's income from a business for the purposes of the *Income Tax Act*; [Emphases mine.]

[10] To obtain the rebate contemplated by the Act on its whole inventory of alcoholic beverages held at January 1, 1991 the plaintiff submitted two rebate claims to Revenue Canada using the GST 207F forms.

[11] The first form, dated February 19, 1991, claimed the sum of \$11,877,812.21 and the second form, related to the first rebate claim and dated October 1, 1991, requested a total rebate of

d) pour le propane, 1,4 %;

e) pour les maisons mobiles et bâtiments modulaires, 2,8 %;

f) pour les véhicules à moteur conçus pour servir sur les routes, 11,1 %;

g) pour les produits logiciels, 8,1 %;

h) pour les autres marchandises, 8,1 %.

4. Pour l'application du paragraphe 120(5) de la Loi, le remboursement à verser à une personne relativement à son inventaire correspond :

a) soit au total des montants calculés pour chaque catégorie de marchandises selon la formule :

$$A \times B$$

où:

A représente le facteur applicable à la catégorie de marchandises;

B représente :

(i) s'il s'agit d'essence ou de combustible diesel, le nombre de litres d'essence ou de litres de combustible figurant à l'inventaire,

(ii) s'il s'agit de produits logiciels, soit la valeur globale des supports de transmission de données figurant à l'inventaire, à l'exclusion de la valeur des instructions ou des données enregistrées sur ces supports, soit le produit de la multiplication du nombre de ces supports par 5 \$,

(iii) sinon, la valeur globale des marchandises de la catégorie figurant à l'inventaire, à l'exclusion des marchandises d'occasion, telle qu'elle devrait être déterminée au début du 1<sup>er</sup> janvier 1991 aux fins du calcul du revenu d'entreprise de la personne pour l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*; [Mcs soulignés.]

[10] Afin d'obtenir le remboursement prévu par la Loi sur l'ensemble de son inventaire de boissons alcooliques détenu au 1<sup>er</sup> janvier 1991, la demanderesse adressa à Revenu Canada deux demandes de remboursement prenant la forme de formulaires TPS 207F.

[11] Le premier formulaire, daté du 19 février 1991, réclamait la somme de 11 877 812,21 \$ et en complément de la première demande de remboursement, le deuxième formulaire, daté du 1<sup>er</sup> octobre 1991 requé-



\$733,110.06. The said amounts claimed corresponded essentially to the tax of 19 percent paid on the inventory of alcoholic beverages held by the plaintiff at January 1, 1991.

First rebate claim: file T-1251-92

[12] In the case of the first rebate claim mentioned above, dated July 16, 1991, the Deputy Minister of National Revenue, Customs and Excise, proceeded to issue a notice of determination in which he authorized the rebate of \$5,099,099.73, excluding interest.

[13] On October 8, 1991 the plaintiff filed a notice of objection to the said notice of determination.

[14] On March 18, 1992 the Minister of National Revenue by a notice of decision informed the plaintiff that its objection had been dismissed primarily on the ground that it could only be entitled to a rebate totalling 8.1 percent of the value of goods in inventory held as of January 1, 1991, not a rebate corresponding to 19 percent of the said value of the goods, despite the fact that a tax of 19 percent had actually been levied on the said inventory.

[15] On May 28, 1992, following receipt of this decision, the plaintiff appealed to this Court.

Second rebate claim: file T-903-93

[16] A notice of determination was also issued by the Deputy Minister of National Revenue, Customs and Excise, on November 22, 1991 in respect of the second rebate claim, allowing a rebate of \$312,536.40 not including interest.

[17] On February 7, 1992 the plaintiff filed a notice of objection to the said notice of determination. On March 5, 1993 the Minister of National Revenue, by notice of decision, allowed the plaintiff's objection in

rait un remboursement total de 733 110,06 \$. Ces dites sommes réclamées correspondent essentiellement à la taxe payée de 19 % sur l'inventaire de boissons alcooliques possédé par la demanderesse au 1<sup>er</sup> janvier 1991.

Première demande de remboursement: dossier T-1251-92

[12] Dans le cas de la première demande de remboursement susmentionnée, en date du 16 juillet 1991, le sous-ministre du Revenu national, Douanes et Accise procéda à l'émission d'un avis de détermination où il autorisa le remboursement d'une somme de 5 099 099,73\$ excluant les intérêts.

[13] Le 8 octobre 1991, la demanderesse déposa un avis d'opposition à l'encontre dudit avis de détermination.

[14] Le 18 mars 1992, le ministre du Revenu national informait la demanderesse, par avis de décision, que son opposition était rejetée au motif principal qu'elle ne pouvait avoir droit qu'à un remboursement totalisant 8,1 % de la valeur des marchandises en inventaire au 1<sup>er</sup> janvier 1991 et non à un remboursement correspondant à 19 % de ladite valeur des marchandises et ce, malgré le fait qu'une taxe de 19 % avait été bel et bien prélevée sur ledit inventaire.

[15] Suite à la réception de cet avis de décision, la demanderesse en appela, le 28 mai 1992, devant cette Cour.

Deuxième demande de remboursement: dossier T-903-93

[16] Pour ce qui est de la deuxième demande de remboursement, un avis de détermination fut également émis par le sous-ministre du Revenu national, Douanes et Accise le 22 novembre 1991 accordant un remboursement au montant de 312 536, 40\$ excluant les intérêts.

[17] Le 7 février 1992, la demanderesse déposa un avis d'opposition à l'encontre du dit avis de détermination. Le 5 mars 1993, le ministre du Revenu national, par avis de décision, accepta en partie l'opposition

part and granted a further rebate of \$59,381.91, repeating the same reason as in the preceding notice of decision.

[18] The plaintiff also appealed the Minister's decision to this Court on April 22, 1993.

[19] For the sake of convenience the two cases, T-1251-92 and T-903-93, were heard concurrently; the evidence submitted to this Court will thus apply in both cases.

#### PLAINTIFF'S ARGUMENTS

[20] The plaintiff submitted that paragraph 3(h) and subparagraph 4(a)(iii) of the Regulations are *ultra vires* the regulatory powers conferred by the Act in that they are discriminatory, unfair, unreasonable and not consistent with the purpose of the Act.

[21] The plaintiff maintained that the imposition of a single rebate factor, 8.1 percent, for all taxable goods not specifically covered by the Regulations, when in reality certain goods coming within this category were taxed at a rate considerably above 8.1 percent, such as alcoholic beverages at 19 percent.

[22] Further, the plaintiff also pointed to the disparities in rebates existing between itself and its commercial intermediaries, such as authorized distributors, grocers, authorized agents and holders of on-the-spot consumption licences, since it has to increase its prices substantially before selling them to its intermediaries. Further, the plaintiff argued that the defendant had unjustly enriched herself at its expense by imposing on it a heavier tax burden than on its intermediaries, who were also entitled to rebates on alcoholic beverage inventories.

[23] Additionally, the plaintiff noted that the imposition of an 8.1 percent rebate factor allowed it to recover barely half the old federal sales tax which it had actually paid on its alcoholic beverage inventory before December 31, 1990.

de la demanderesse et accorda un remboursement supplémentaire de 59 381,91\$ en réitérant le même motif que dans l'avis de décision précédent.

[18] La demanderesse en appela également de la décision du ministre, le 22 avril 1993, devant cette Cour.

[19] Pour des raisons de commodité, les deux dossiers, soit le T-1251-92 et le T-903-93 furent entendus en même temps; la preuve faite devant moi valant ainsi dans le cadre des deux dossiers.

#### ARGUMENTS DE LA DEMANDERESSE

[20] La demanderesse soumet que l'alinéa 3h) et le sous-alinéa 4a)iii) du Règlement sont *ultra vires* des pouvoirs de réglementation conférés par la Loi en ce qu'ils sont discriminatoires, injustes, déraisonnables et non conformes à l'objet de la Loi.

[21] En effet, la demanderesse soutient que l'imposition d'un facteur unique et uniforme de remboursement, soit 8,1 % pour tous les cas de biens taxables non spécifiquement prévus par le règlement alors qu'en réalité certains biens tombant sous cette catégorie ont été taxés à un taux nettement supérieur à 8,1 %, telles les boissons alcoolisées à 19 %.

[22] En outre, la demanderesse soulève également les disparités de remboursement existant entre elle-même et ses intermédiaires de commerce tels les distributeurs autorisés, les épiciers, ses agents autorisés et les détenteurs de permis pour consommation sur place puisqu'elle doit majorer ses prix de façon substantielle avant de les vendre à ses intermédiaires. De plus, la demanderesse soutient que la défenderesse s'enrichit injustement à son détriment en lui imposant un fardeau fiscal plus lourd qu'à ses intermédiaires ayant eu également droit à des remboursements sur des inventaires de boissons alcooliques.

[23] Par ailleurs, la demanderesse souligne le fait que l'imposition d'un facteur de remboursement de 8,1 % ne lui permet de récupérer qu'à peine la moitié de l'ancienne taxe de vente fédérale qu'elle a effectivement payée sur ses inventaires de boissons alcooliques avant le 31 décembre 1990.

[24] Finally, the plaintiff stated that the Regulations were clearly contrary to the purpose of the section in the statute, which is to rebate federal sales tax on inventory held as of January 1, 1991 so as to avoid double taxation of the latter.

#### POINT AT ISSUE

[25] Are the *Federal Sales Tax Inventory Rebate Regulations*, *supra*, making an 8.1 percent factor applicable to rebates of federal sales tax on alcoholic beverage inventories *ultra vires* the powers conferred by subsection 120(5) of the Act?

#### ANALYSIS

##### Concept of *ultra vires* and purpose of enabling Act

[26] As the courts have held many times, regulations are the means by which Parliament, by adopting legislation providing for the existence of a regulatory power, authorizes an entity known as a “regulatory authority” to create a coherent system of rules which have the force of law so as to ensure that the said legislation delegating the regulatory power is properly implemented.

[27] It goes without saying that the regulations adopted under the regulatory power conferred by the said Act must comply with the purpose of the Act, which thus expresses the intention of Parliament.

[28] The rules of statutory interpretation recently reiterated by the Supreme Court of Canada in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27 [at pages 40-41], are the means of clarifying Parliament’s intention, and thereby the purpose of the Act:

Although much has been written about the interpretation of legislation (see, e.g., Ruth Sullivan, *Statutory Interpretation* (1997); Ruth Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994) (hereinafter “*Construction of Statutes*”); Pierre-André Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1991)), Elmer Driedger in *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983) best encapsulates the approach upon which I prefer to rely. He recognizes that statutory

[24] Finalement, la demanderesse affirme que le règlement va clairement à l’encontre de l’objet de l’article de Loi qui est de rembourser la taxe de vente fédérale sur les inventaires détenus au 1<sup>er</sup> janvier 1991 afin d’éviter la double taxation de ces derniers.

#### LA QUESTION EN LITIGE

[25] Est-ce que le *Règlement sur le remboursement de la taxe de vente fédérale à l’inventaire*, précité, prescrivant un facteur de 8.1 % applicable dans le cas d’un remboursement de la taxe de vente fédérale sur des inventaires de boissons alcooliques est *ultra vires* des pouvoirs conférés par le paragraphe 120(5) de la Loi?

#### ANALYSE

##### La notion d’*ultra vires* et l’objet de la loi habilitante

[26] Tel que les cours de justice l’ont exprimé à de nombreuses reprises, le règlement est le véhicule par lequel le législateur autorise, par l’adoption d’une disposition législative prévoyant l’existence du pouvoir réglementaire, une certaine entité appelée «autorité réglementante» à établir un système cohérent de règles, ayant force de loi, afin de s’assurer de la bonne application de ladite loi déléгатrice de ce pouvoir réglementaire.

[27] Il va donc de soi que les règlements adoptés en vertu du pouvoir réglementaire conféré par ladite loi se doivent de respecter l’objet de la loi qui exprime ainsi l’intention du législateur.

[28] Les principes d’interprétation des lois réitérés récemment par la Cour suprême du Canada dans *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27 [aux pages 40 et 41], nous permettent de cerner l’intention du législateur et par ce fait même, l’objet de la Loi:

Bien que l’interprétation législative ait fait couler beaucoup d’encre (voir par ex. Ruth Sullivan, *Statutory Interpretation* (1997); Ruth Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3<sup>e</sup> éd. 1994) (ci-après «*Construction of Statutes*»); Pierre-André Côté, *Interprétation des lois* (2<sup>e</sup> éd. 1990)), Elmer Driedger dans son ouvrage intitulé *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983) résume le mieux la méthode que je privilégie. Il reconnaît que l’interprétation législative

interpretation cannot be founded on the wording of the legislation alone. At p. 87 he states:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

[29] This viewpoint has also been confirmed in two other recent judgments of the Supreme Court of Canada: *CanadianOxy Chemicals Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1999] 1 S.C.R. 743; and *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montréal (City); Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Boisbriand (City)*, [2000] 1 S.C.R. 665.

[30] Accordingly, it has been held that a regulation goes beyond or is *ultra vires* the regulatory power conferred by Parliament on the regulatory authority when, *inter alia*, the regulations adopted are not consistent with the purpose of the Act and section of the Act conferring the said power.

[31] The Supreme Court of Canada has laid down this principle in many well-known judgments still applied today, such as *CKOY Ltd. v. Her Majesty The Queen on the relation of Lorne Mahoney*, [1979] 1 S.C.R. 2; *Alaska Trainship Corporation et al. v. Pacific Pilotage Authority*, [1981] 1 S.C.R. 261; and *Attorney General of Canada v. Silk*, [1983] 1 S.C.R. 335.

[32] Recently, the Federal Court of Appeal *per* Décary J.A. restated the concept of *ultra vires* in broad outline in *Canada v. St. Lawrence Cruise Lines Inc.*, [1997] 3 F.C. 899, at pages 912-914:

The first thing that must be done when the validity of a regulation has been challenged is to construe the enabling statute. We must be careful not to apply the principles of interpretation laid down in the case law to the regulations without first considering the scope of the specific grant of regulatory power made by the legislation in question. As Lord Reid observed in *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Foods*:

Parliament must have conferred the discretion with the intention that it should be used to promote the policy and

ne peut pas être fondée sur le seul libellé du texte de loi. À la p. 87, il dit:

[TRADUCTION] Aujourd'hui il n'y a qu'un seul principe ou solution: il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur.

[29] Ce point de vue fut d'ailleurs confirmé dans deux autres décisions récentes de la Cour suprême du Canada: *CanadianOxy Chemicals Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1999] 1 R.C.S. 743; et *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville); Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665.

[30] Ainsi, on détermine qu'un règlement est au-delà ou *ultra vires* des pouvoirs réglementaires conférés par le législateur à l'autorité réglementante lorsque, entre autres, les règlements adoptés ne correspondent pas à l'objet de la loi ou de l'article de cette loi conférant ledit pouvoir.

[31] La Cour suprême du Canada a établi ce principe dans de nombreuses décisions fort célèbres et toujours utilisées de nos jours, telles que *CKOY Ltd. c. Sa Majesté La Reine sur la dénonciation de Lorne Mahoney*, [1979] 1 R.C.S. 2; *Alaska Trainship Corporation et autre c. Administration du pilotage du Pacifique*, [1981] 1 R.C.S. 261; et *Procureur général du Canada c. Silk*, [1983] 1 R.C.S. 335.

[32] Récemment, la Cour d'appel fédérale, sous la plume du juge Décary, réitérait les grands principes de la notion d'*ultra vires* dans *Canada c. St. Lawrence Cruise Lines Inc.*, [1997] 3 C.F. 899, aux pages 912 à 914:

La première démarche qui s'impose lorsque la validité d'un règlement est attaquée, est d'interpréter la loi habilitante. Il faut prendre garde d'appliquer aux règlements les principes d'interprétation dégagés par la jurisprudence sans d'abord s'interroger sur la portée du pouvoir réglementaire spécifique que confère la législation en cause. Ainsi que le notait lord Reid dans *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Foods*:

[TRADUCTION] Le Parlement a dû attribuer ce pouvoir discrétionnaire avec l'intention qu'il soit exercé pour

objects of the Act; the policy and objects of the Act must be determined by construing the Act as a whole and construction is always a matter of law for the court. In a matter of this kind it is not possible to draw a hard and fast line, but if the Minister, by reason of his having misconstrued the Act or for any other reason, so uses his discretion as to thwart or run counter to the policy and objects of the Act, then our law would be very defective if persons aggrieved were not entitled to the protection of the court. So it is necessary first to construe the Act.

In *Roncarelli v. Duplessis*, Rand J. wrote:

In public regulation of this sort there is no such thing as absolute and untrammelled "discretion", that is that action can be taken on any ground or for any reason that can be suggested to the mind of the administrator; no legislative Act can, without express language, be taken to contemplate an unlimited arbitrary power exercisable for any purpose, however capricious or irrelevant, regardless of the nature or purpose of the statute . . . [T]here is always a perspective within which a statute is intended to operate; and any clear departure from its lines or objects is just as objectionable as fraud or corruption. Could an applicant be refused a permit because he had been born in another province, or because of the colour of his hair? The ordinary language of the legislature cannot be so distorted.

As well, in *Montréal (City of) v. Arcade Amusements Inc. et al.*, Beetz J. adopted the following observation by Louis-Philippe Pigeon in *Rédaction et interprétation des lois*:

[TRANSLATION] Another important observation has to be made regarding the regulatory power. It is the following: the power to make regulations does not include a power to adopt discriminatory provisions. In other words, unless the legislation authorizing it states the contrary a regulation must apply to everyone in the same way. If the intent is to make a distinction, this must be stated.

...

We were told by counsel for the respondent that the impugned regulations were made with the objective of raising revenue and reducing the deficit. She added, at the hearing, that the charges are imposed on the appellant company, regardless of what particular use it makes of the port facilities: it is not, she said, a user fee. The objective of the Governor in Council is not in dispute in the instant case. The issue here is therefore not what motives guided the Governor in Council, but rather whether the objective is

promouvoir la politique et les objets de la Loi. La politique et les objets de la Loi doivent être déterminés en interprétant la Loi dans son ensemble et l'interprétation est toujours une question de droit pour la cour. Dans une affaire semblable, il n'est pas possible de fixer des limites précises et inflexibles, mais si le ministre, parce qu'il a mal interprété la Loi ou pour toute autre raison, exerce son pouvoir discrétionnaire de façon à contrecarrer la politique ou les objets de la Loi ou à aller à l'encontre de ceux-ci, alors notre droit accuserait une grave lacune si les personnes qui en subissaient des préjudices n'avaient pas droit à la protection de la cour. Il est donc nécessaire de procéder d'abord à l'interprétation de la Loi.

Le juge Rand, dans *Roncarelli v. Duplessis*, s'était exprimé en ces termes:

[TRADUCTION] Dans une réglementation publique de cette nature, il n'y a rien de tel qu'une «discretion» absolue et sans entraves, c'est-à-dire celle où l'administrateur pourrait agir pour n'importe quel motif ou pour toute raison qui se présenterait à son esprit; une loi ne peut, si elle ne l'exprime expressément, s'interpréter comme ayant voulu conférer un pouvoir arbitraire illimité pouvant être exercé dans n'importe quel but, si fantaisiste et hors de propos soit-il, sans avoir égard à la nature ou au but de cette loi . . . Une loi doit toujours s'entendre comme s'appliquant dans une certaine optique, et tout écart manifeste de sa ligne ou de son objet est tout aussi répréhensible que la fraude ou la corruption. Pourrait-on refuser un permis à celui qui le demande sous le prétexte qu'il est né dans une autre province, ou à cause de la couleur de ses cheveux? On ne peut fausser ainsi la forme courante d'expression de la législation.

Le juge Beetz, dans *Montréal (Ville de) c. Arcade Amusements Inc. et autres* avait par ailleurs fait sienne l'observation suivante de Louis-Philippe Pigeon dans *Rédaction et interprétation des lois*:

Il est une autre observation importante à faire sur la question du pouvoir de réglementation. C'est la suivante: le pouvoir de faire des règlements ne permet pas d'établir des dispositions discriminatoires. Autrement dit, un règlement doit, à moins que le texte qui l'autorise dise le contraire, s'appliquer à tout le monde de la même façon. Si l'on veut pouvoir faire des distinctions il faut le dire.

[. . .]

Le règlement attaqué a été adopté, nous dit la procureure de l'intimée, dans le but d'accroître les recettes et de réduire le déficit. Elle ajoutera à l'audience que les droits imposés le sont à l'entreprise appelante peu importe l'usage précis qu'elle fait des installations portuaires: ce n'est pas, nous dit-elle, un droit d'usage (*a user fee*). L'objectif recherché par le gouverneur en conseil n'est pas contesté en l'espèce. Il ne s'agit donc pas ici de rechercher quels motifs animaient le gouverneur en conseil, mais de déterminer si

consistent with what the enabling statute authorizes. [My emphasis; citations omitted.]

[33] Accordingly, after hearing the parties' arguments, I must determine the purpose of subsection 120(5) of the Act, which confers on the regulatory authority the power to make regulations to determine the method for calculating the rebate and the factors to be used.

Purpose of section 120 of Act—context of transitional provisions

[34] First, I note that at the hearing of the case at bar counsel for the defendant admitted the purpose of section 120 of the Act. As the hearing had the benefit of the presence of an official stenographer, I will take advantage of this to quote certain passages from the hearing of March 30, 2000, at page 9:

[TRANSLATION]

BY THE COURT:

But to continue as to the true nature of this provision, it is thus a provision giving the right to certain individuals, certain companies—to use the word you used—have a rebate on tax-paid goods.

MR. SAVARY:

That's right. And the purpose of all that, if you look at it, your Honour, is to adjust the two plans to avoid double taxation of the consumer. Now, if we had been in a different budgetary situation, perhaps at that time, the \$2.8 billion or \$3.3 billion, as my colleague noted, which was finally spent, could have been kept and there would not have been any adjustment measures to avoid consumers being overtaxed or subject to double taxation at the federal level.

BY THE COURT:

But according to you, then, you are adopting your colleague's argument in saying that the purpose of this section . . . which is double taxation.

MR. SAVARY:

Ah, I agree entirely with my colleague in that respect. It is to avoid the consumer having to pay the excise tax twice . . . or the federal tax in effect at the time, which was imposed on goods that were in inventory at December 31, 1990.

[35] Accordingly, the two parties agreed that the purpose of section 120 was to avoid the taxpayers in

l'objectif recherché est conforme à ceux qu'autorise la loi habilitante. [Mes soulignés; citations omises.]

[33] Ainsi, après avoir entendu les plaidoiries des parties, je me dois de déterminer l'objet du paragraphe 120(5) de la Loi, qui confère à l'autorité réglementante le pouvoir de faire des règlements dans le but de déterminer la méthode de calcul du remboursement et les facteurs devant être utilisés.

L'objet de l'article 120 de la Loi—le contexte des dispositions transitoires

[34] Je note dans un premier temps que lors de l'audition du présent litige, l'avocat de la défendresse a admis l'objet de l'article 120 de la Loi. L'audition ayant bénéficié de la présence d'un sténographe officiel, j'en profiterai donc pour citer quelques extraits provenant de l'audition du 30 mars 2000, à la page 9:

LA COUR:

Mais poursuivant ma pensée vis-à-vis la vraie nature de cette disposition, donc, c'est une disposition qui donne le droit à certains individus, certaines sociétés, de—pour me servir du mot que vous utilisez—d'une ristourne sur les marchandises libérés de taxes.

Me SAVARY:

C'est ça. Et le but de tout ça, si on le regarde, monsieur le juge, c'est d'arrimer les deux régimes pour éviter une double taxation auprès du consommateur. Maintenant, si nous avons été dans un autre contexte budgétaire, peut-être qu'à ce moment-là, le 2.8 milliards \$, ou le 3.3 milliards \$, comme dit mon confrère, qui aurait finalement été déboursé, aurait été conservé et il n'y aurait pas eu de mesures d'arrimage pour éviter que les consommateurs soient surtaxés ou taxés doublement au niveau fédéral.

LA COUR:

Mais d'après vous, donc, vous rejoignez l'argument de votre confrère pour dire que le but, l'objet de cette section qui est la double taxe.

Me SAVARY:

Ah, je suis entièrement d'accord avec mon confrère là-dessus. C'est d'éviter que le consommateur ait à payer deux fois la taxe d'accise [. . .] ou la taxe fédérale qui était en vigueur à l'époque et qui avait été imposée sur les produits qui étaient en stock au 31 décembre 1990.

[35] Ainsi donc, les deux parties s'entendent pour dire que l'objet de l'article 120 est d'éviter aux

question, who had already paid the old sales tax on goods in inventory, having to pay again on the same goods, since they would be subject to the new taxation system of the GST, without receiving a full rebate. However, I must determine the veracity of this assertion by applying the aforementioned rules of interpretation.

[36] Accordingly, I note that section 120 is to be found in Part VIII of the Act, which has the title “Transitional” and contains six sections. It is thus clear that these sections were necessarily intended to ensure easier passage of the new provisions.

[37] Additionally, after reading the six sections I find that section 118 [as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12; 1993, c. 27, s. 6] is designed to avoid the re-taxation of certain goods sold by a licensed wholesaler or manufactured or produced in Canada that had not been delivered to the purchaser before January 1, 1991, and the property in which had not passed before that date. Then, I note that sections 120 and 121 [as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12; 1993, c. 27, s. 7; 1994, c. 9, s. 1] deal with the rebate of certain sales taxes, namely the sales tax on inventory and on new housing. Accordingly, we note that the transitional provisions clearly appear to be intended to cover certain situations in which various taxpayers would have had to pay tax on the same property twice.

[38] I also note that in paragraph 120(3)(a) [as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12] of the Act, Parliament, by the wording used, appears to be clearly imposing a duty on the Minister to pay a rebate to persons who are entitled to it under that provision and apply for it. For greater clarity, I reproduce the text:

**120. . . .**

(3) Subject to this section, where a person who, as of January 1, 1991, is registered under Subdivision d of Division V of Part IX has any tax-paid goods in inventory at the beginning of that day,

contribuables visés, ayant déjà payé l'ancienne taxe de vente sur les biens en inventaire, de se voir imposer une nouvelle fois sur les mêmes biens, puisqu'assujettis au nouveau système de taxation que constitue la TPS et ce, sans bénéficier d'un remboursement intégral. Toutefois, je dois m'assurer de la véracité de cette assertion en appliquant les principes d'interprétation susmentionnés.

[36] Je remarque donc que l'article 120 se trouve à la partie VIII de la Loi qui porte le titre de dispositions transitoires et qui comporte six articles. Ainsi, il est clair que ces articles visent nécessairement à assurer un passage plus aisé des nouvelles dispositions.

[37] Par ailleurs, après lecture des six articles, je constate que l'article 118 [édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12; 1993, ch. 27, art. 6] permet d'éviter que ne soit imposé de nouveau certaines marchandises vendues par un marchand en gros titulaire d'une licence ou fabriquées ou produites au Canada qui ne sont pas livrées à l'acheteur avant le 1<sup>er</sup> janvier 1991 et dont la propriété ne lui est pas transmise avant cette même date. Ensuite, je remarque que les articles 120 et 121 [édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12; 1993, ch. 27, art. 7; 1994, ch. 9, art. 1] traitent du remboursement de certaines taxes de vente, soit la taxe de vente à l'inventaire et sur les maisons neuves. Ainsi, on note que les dispositions transitoires semblent clairement vouloir prévenir certaines situations où certains contribuables auraient été contraints à payer deux fois, une taxe, sur un même bien.

[38] Je constate également qu'à l'alinéa 120(3)a) [édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12] de la Loi, le législateur, par la phraséologie utilisée, semble nettement imposer une obligation au ministre de verser un remboursement à la personne qui y a droit, en vertu de cette disposition, et qui en fait la demande. Je reproduis le texte pour une meilleure compréhension:

**120. [. . .]**

(3) Sous réserve du présent article, dans le cas où l'inventaire d'une personne inscrite aux termes de la sous-section d de la section V de la partie IX le 1<sup>er</sup> janvier 1991 comprend, au début de cette date, des marchandises libérées de taxe, les règles suivantes s'appliquent:

(a) where the tax-paid goods are goods other than used goods, the Minister shall, on application made by the person, pay to that person a rebate in accordance with subsections (5) and (8); and [Emphasis added.]

[39] There is no doubt that the plaintiff met the requirements for entitlement to a rebate. That question is not at issue in this case.

[40] In subsection 120(5) it can be seen that the method of calculating the tax rebate is not included. Nonetheless, this subsection, by use of the word “prescribed”, delegates to a regulatory authority the power to make regulations to set out the necessary parameters for effective implementation of the rebate. Subsection 2(1) of the Act gives the meaning of the word “prescribed” [as am. by S.C. 1990, c. 45, s. 1]:

2. (1) . . .

“prescribed” means

(a) in the case of a form, the information to be given on a form or the manner of filing a form, prescribed by the Minister, and

(b) in any other case, prescribed by regulation or determined in accordance with rules prescribed by regulation. [My emphasis.]

[41] However, this Act contains no definition of the word “*remboursement*”: accordingly, again applying the rules of statutory interpretation I have examined the ordinary meaning of this word and the related word “*rembourser*”, as well as the word “*rebate*” used in the English version. According to *Petit Robert 1: Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, these words mean:

[TRANSLATION]

**Refund:** *n. m.* . . . . Act of refunding.

**Refund:** *v. tr.* . . . Pay (sthg.), to return expenses to someone . . . . Return expenses to someone; return to someone.

[42] The *Petit Larousse Illustré* defines these words as follows:

a) si les marchandises libérées de taxe ne sont pas des marchandises d’occasion, le ministre verse à la personne, sur sa demande, un remboursement en conformité avec les paragraphes (5) et (8); [Mes soulignés.]

[39] Il ne fait aucun doute que la demanderesse rencontrait les exigences requises pour avoir droit à un remboursement. Cette question ne fait d’ailleurs pas l’objet du présent débat.

[40] Au paragraphe 120(5), on constate que la méthode de calcul du remboursement de la taxe n’y est pas incluse. Néanmoins, ce paragraphe délègue à une autorité réglementante, par l’utilisation des mots «prescrite» et «prescrits», le pouvoir de faire un règlement afin d’établir les paramètres nécessaires à la bonne marche du remboursement. En effet, le paragraphe 2(1) de la Loi prévoit la signification du mot «prescrit» [mod. par L.C. 1990, ch. 45, art. 1]:

2. (1) [. . .]

«prescrit»

a) Dans le cas d’un formulaire, établi selon les instructions du ministre; dans le cas de renseignements à inscrire sur un formulaire ou de modalités de production d’un formulaire, déterminés selon les instructions du ministre;

b) dans les autres cas, visé par règlement, y compris déterminé conformément à des règles prévues par règlement. [Mes soulignés.]

[41] Toutefois, cette Loi ne comporte aucune définition du mot «*remboursement*», appliquant toujours les principes d’interprétation des lois, j’ai donc vérifié le sens ordinaire de ce mot et du mot connexe «*rembourser*» ainsi que du mot «*rebate*», utilisé dans la version anglaise. Selon le *Petit Robert 1: Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, ces mots signifient:

**Remboursement:** *n. m.* [. . .] Action de rembourser.

**Rembourser:** *v. tr.* [. . .] Payer (qqch.), pour faire rentrer qqn dans ses débours [. . .] Faire rentrer (qqn) dans ses débours; rendre à (qqn).

[42] Le *Petit Larousse Illustré* définit ces mots de la façon suivante:



[TRANSLATION]

**Refund:** *n. m.* Act of refunding; payment of amount due . . .

**Refund:** *v. tr.* (of *fund*) **1.** Return money loaned to someone. **2.** Return money spent to someone.

[43] *The New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles* defines it as follows:

**rebate** . . . A deduction from a sum of money to be paid; a discount. Also, a partial rebate of money paid.

**rebate** *v.t.* Deduct ( a certain amount) from a sum; subtract; reduce or diminish ( a sum or amount) . . . . Give or allow a reduction to (a person) . . . . Pay back (a sum of money) as a rebate; give a rebate on.

[44] As can be seen, the use by Parliament of the word “*rembursement*” (rebate) allows us to conclude with greater certainty that its intent was in fact to require the rebate of a sum of money and that the sum of money owed must as a general rule be rebated in its entirety.

[45] Additionally, the plaintiff submitted by affidavit various technical documents issued by the Department of Finance at the time to provide information about Bill C-62, creating the GST, and amending the *Excise Tax Act, supra*. *Inter alia*, I note the issuing of Explanatory Notes on the said bill by Hon. Michael H. Wilson, Minister of Finance at the time, in February 1990. Certain parts of these notes deal with section 120 and indicate:

#### Section 120

This section authorizes the payment, to persons registered for GST purposes, of a federal sales tax rebate in respect of new tax-paid goods held in inventory in Canada by the person at the beginning of January 1, 1991. The purpose of the sales tax inventory rebates is to ensure that new goods held in inventory on January 1, 1991 for re-supply do not bear both the federal sales tax and the GST after 1990.

**Remboursement:** *n. m.* Action de rembourser; paiement d’un somme due.

**Rembourser:** *v. tr.* (de *bourse*) **1.** Rendre à qqn l’argent emprunté. **2.** Rendre à qqn l’argent qu’il a déboursé.

[43] *Le New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles* définit le mot *rebate* comme suit:

[TRADUCTION] **remboursement** [. . .] Diminution du montant d’une somme d’argent due; rabais. Aussi, remise partielle d’un montant d’argent payé.

**rembourser** *v.t.* Déduire (un certain montant) d’une somme; soustraire; réduire ou diminuer (une somme ou un montant) [. . .] Offrir une réduction à quelqu’un [. . .] Rendre (une somme d’argent) comme remboursement; donner un remboursement.

[44] Comme on peut le constater, l’utilisation par le législateur du mot *rembursement* nous permet de déterminer avec plus de conviction que son intention était effectivement d’obliger la remise d’une somme d’argent et que cette somme d’argent due se doit d’être remise, généralement, dans son intégralité.

[45] Par ailleurs, la demanderesse a soumis par affidavit divers documents techniques émis par le ministère des Finances de l’époque afin de fournir des informations sur le projet de loi C-62 instaurant la TPS et modifiant la *Loi sur la taxe d’accise*, précitée. Je remarque, entre autres, l’émission de notes explicatives sur ledit projet de loi par l’Honorable Michael H. Wilson, alors ministre des Finances, en date du mois de février 1990. Certaines parties de ces notes traitent de l’article 120 et indiquent:

#### Article 120

Cet article autorise le versement d’un remboursement de la taxe de vente à une personne inscrite, pour l’application des dispositions relatives à la TPS, à l’égard des marchandises neuves libérées de taxe de vente fédérale (c’est-à-dire des marchandises libérées de taxe) qui figurent à l’inventaire de la personne au Canada le 1er janvier 1991. Le remboursement de la taxe de vente à l’inventaire vise à éviter que les marchandises neuves figurant à l’inventaire le 1er janvier 1991 soient l’objet à la fois de la taxe de vente fédérale et de la TPS après 1990.

. . .

[. . .]

Subsection 120(3) Rebate of sales tax

Paragraph (3)(a) requires the Minister of National Revenue to pay a sales tax rebate to a person registered for GST purposes upon appropriate application by the registrant. [Emphasis added.]

[46] In May 1990, new Explanatory Notes were once again published following the adoption of Bill C-62 on April 10, 1990. However, the comments regarding section 120 were essentially the same and in the circumstances there is no reason to reproduce them.

## CONCLUSION

[47] I have no difficulty concluding from all the foregoing that the purpose of section 120 was to ensure that there would be a procedure for rebating the sales tax paid before January 1, 1991, created in order to avoid double taxation of the same property. It appears that the procedure in question, set out by the Regulations, achieved that purpose at least for the great majority of cases, through the existence of various factors which took into account the tax rate previously paid.

[48] It was established in this Court that the various rebate factors mentioned in section 3 of the Regulations, applicable to products other than alcoholic beverages, were much more representative and guaranteed a rebate of the money paid that was clearly much more effective. Nevertheless, I have no choice but to conclude that in the case of alcoholic beverages the purpose of section 120 was not achieved.

[49] In fact, I accept the arguments of the plaintiff, which noted the great disparity between the sales tax previously paid, at the rate of 19 percent, and the rebate rate (or factor) set at 8.1 percent. In view of the purpose of the Act, there is in my mind no doubt that the plaintiff did not receive the rebate to which it should have been entitled, due to the adoption of this factor which was disproportionate in relation to the tax previously paid.

Paragraphe 120(3) Remboursement de la taxe de vente

Aux termes de ce paragraphe, le ministre du Revenu national est tenu de verser un remboursement de la taxe de vente, sur demande, à une personne inscrite sous le régime des dispositions touchant la TPS. [Mes soulignés.]

[46] En mai 1990, de nouvelles notes explicatives ont, une fois de plus, été publiées suite à l'adoption du projet de loi C-62, le 10 avril 1990. Toutefois, en ce qui a trait à l'article 120, les commentaires sont substantiellement les mêmes dans les circonstances, il n'est pas pertinent de les reproduire.

## CONCLUSION

[47] De tout ceci, je n'ai aucune difficulté à conclure que l'objet de l'article 120 est d'assurer qu'il y ait un mécanisme de remboursement de la taxe de vente payée avant le 1<sup>er</sup> janvier 1991, mis en place afin d'éviter une double imposition des mêmes biens. Or, il appert que le mécanisme en question, élaboré par le Règlement rencontre, à tout le moins dans la grande majorité des cas, cette finalité et ce, grâce à l'existence de facteurs différents qui tiennent compte du taux de taxe antérieurement payé.

[48] En effet, il a été démontré devant moi que les différents facteurs de remboursement prévus à l'article 3 du Règlement visant d'autres produits que les boissons alcooliques, sont beaucoup plus représentatifs et assurent un remboursement nettement plus réel des sommes d'argent payées. Néanmoins, je n'ai guère le choix que de conclure que dans le cas de boissons alcooliques, l'objet de l'article 120 n'est pas rencontré.

[49] J'adhère effectivement aux arguments de la demanderesse qui souligne la grande disparité entre la taxe de vente antérieurement payée qui était au taux de 19 % et le taux (ou facteur) de remboursement fixé à 8,1 %. Compte tenu de l'objet de la Loi, il ne fait aucun doute à mon esprit que la demanderesse n'a pas obtenu le remboursement auquel elle aurait dû avoir droit et ce, en raison de l'adoption de ce facteur disproportionné eu égard à la taxe antérieurement payée.

[50] This is all the more true as it appears from the facts that the factors mentioned in section 3 of the Regulations had the result, in the plaintiff's case exclusively, of annihilating the purpose of the Act.

[51] As I have already mentioned, the old sales tax was paid at each of the stages of production and distribution, that is by the importer, manufacturer, wholesaler and retailer, based on a tax rate that varied between 9 percent and 13.5 percent. These "intermediaries", who at January 1, 1991 had an inventory on which the sales tax had been paid, were entitled to a rebate in accordance with the prescribed method.

[52] However, we find that as a result of the way the rebate factors were developed the Minister, for reasons of convenience, simply set out a general rate of 8.1 percent applicable to all cases not specifically covered, which did not take into account the production and distribution stages for which the rebate was in fact claimed since it appeared from studies made that in most cases the rebates would be claimed by the retailers.

[53] It will be noted that logically the rebate that will be claimed by each of the intermediaries will be based on the cost paid for the goods making up the inventory, and this cost will necessarily include the tax paid by the preceding intermediary plus the profit made by it. Accordingly, depending on the stage in question, the rebate obtained will not be the same.

[54] In nearly all cases, the intermediaries are all separate entities, which therefore benefit from the way in which the inventory cost must be calculated as described above (tax paid plus intermediary's profit), except the plaintiff, which cannot benefit from such an advantage as it combines in itself the functions of all the aforementioned intermediaries.

[55] Further, I cannot subscribe to the defendant's argument that the plaintiff received a fair rebate since it was able to recover approximately half a million dollars thanks to an increase in excise taxes collected

[50] Ceci est d'autant plus vrai qu'il appert des faits que les facteurs prévus à l'article 3 du Règlement ont eu pour effet, dans le cas exclusif de la demanderesse, d'annihiler l'objet de la Loi.

[51] Comme je l'ai mentionné ci-haut, l'ancienne taxe de vente était acquittée à chacune des étapes de production et de distribution, soit par l'importateur, le manufacturier, le grossiste et le détaillant, et ce en fonction d'un taux de taxe qui variait entre 9 % et 13.5 %. Ces dits intermédiaires qui possédaient au 1<sup>er</sup> janvier 1991 un inventaire pour lequel la taxe de vente avait été acquittée, avaient le droit d'obtenir un remboursement en fonction de la méthode prescrite.

[52] Toutefois, on constate que suivant l'historique de l'élaboration des facteurs de remboursement, le ministre, pour des raisons de commodité, s'est limité à élaborer un taux général de 8.1 % applicable dans tous les cas non spécifiquement prévus et qui ne tient pas compte de l'étape de production et de distribution pour lequel le remboursement était effectivement réclamé puisqu'il apparaissait des études faites que dans la majorité des cas, les remboursements seraient réclamés par les détaillants.

[53] On remarque donc que logiquement, le remboursement qui sera réclamé par chacun des intermédiaires sera fondé sur le coût payé des biens constituant l'inventaire, ledit coût incluant nécessairement la taxe payée par l'intermédiaire précédent majoré du profit fait par ce dernier. Ainsi, selon l'étape en cause, le remboursement obtenu ne sera pas le même.

[54] Dans presque tous les cas, les intermédiaires sont tous des entités distinctes qui profitent donc tous de la façon selon laquelle on doit calculer le coût de l'inventaire (taxe payée majorée du profit de l'intermédiaire) décrit ci-haut sauf la demanderesse qui ne peut bénéficier d'un tel avantage puisqu'elle cumule à elle seule les rôles de tous et chacun des intermédiaires sus-mentionnés.

[55] En outre, je ne peux souscrire à l'argument de la défenderesse qui soutient que la demanderesse a bénéficié d'un remboursement équitable puisqu'elle a pu récupérer approximativement un demi-million de

pursuant to the *Excise Act*, R.S.C., 1985, c. E-14, that occurred at the time Bill C-62 creating the GST came into effect, which it did not have to pay but which it could recover from taxpayers.

[56] Clearly, the Court must interpret Parliament's intention here in accordance with the changes made to the *Excise Tax Act*, *supra*, by the adoption of Bill C-62, not in relation to some other Act which provides for another system of taxation. I thus see no relevance in this argument.

[57] Accordingly, having concluded that so far as the plaintiff's situation is concerned—and I make a point of limiting the scope of this judgment to the plaintiff's exceptional situation, performing in combination the functions of importer, distributor, wholesaler and retailer—it appears that the 8.1 percent rebate factor provided for in paragraph 3(h) of the Regulations, adopted under the regulatory power conferred by subsection 120(5) of the Act, is *ultra vires* the said powers conferred in that it does not comply with the purpose of the section in question as set out above. Nevertheless, since that section is *intra vires* in most cases, I do not intend to rule that it is invalid, so as not to have a needless legal void that could not be filled by adopting new regulations.

[58] However, as I have found that paragraph 3(h) of the Regulations is not consistent with the purpose of the Act, the plaintiff is necessarily entitled to compensation. In view of the particular circumstances of the case at bar, therefore, I find that the plaintiff is entitled to a full rebate of the amount claimed.

[59] Accordingly, in order to adjust the situation I make the following order:

- I allow the plaintiff's appeal in the cases having file Nos. T-1251-92 and T-903-93.
- I quash the Minister of National Revenue's notices of decision dated March 18, 1992 and March 5, 1993.

dollars grâce à une augmentation des droits d'accise prélevés en conformité de la *Loi sur l'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-14, survenue au même moment que l'entrée en vigueur du projet de loi C-62 instaurant la TPS, qu'elle n'a pas eu à payer mais qu'elle a pu récupérer auprès des contribuables.

[56] Il s'agit clairement ici d'interpréter l'intention du législateur dans le contexte des modifications apportées à la *Loi sur la taxe d'accise*, précitée, par l'entremise de l'adoption du projet de loi C-62 et non dans le cadre d'une toute autre loi qui prévoit un autre système de taxation. Je ne vois donc aucune pertinence à cet argument.

[57] Ainsi, ayant conclu que pour ce qui est de la situation de la demanderesse, et je tiens à limiter la portée de ce jugement à la situation exceptionnelle de la demanderesse qui exerce à la fois le rôle d'importateur, de distributeur, de grossiste et de détaillant, il appert que le facteur de remboursement de 8,1 % prévu à l'alinéa 3h) du Règlement, adopté en vertu du pouvoir réglementaire prévu au paragraphe 120(5) de la Loi, est *ultra vires* desdits pouvoirs conférés en ce qu'il ne respecte pas l'objet de l'article en question tel qu'exposé ci-haut. Néanmoins, et puisque cet article s'avère *intra vires* dans la grande majorité des cas, je n'entends pas le déclarer inopérant et ce, afin d'éviter un vide juridique inutile qui ne pourrait être comblé par l'adoption d'un nouveau règlement.

[58] Toutefois, ayant conclu que l'alinéa 3h) du Règlement ne respectait pas l'objet de la Loi, il va de soi que la demanderesse est en droit d'obtenir réparation. Étant donné les circonstances précises de l'affaire, je déclare donc que la demanderesse est en droit d'obtenir le plein remboursement de la somme réclamée.

[59] Ainsi, afin de rétablir la situation, j'ordonne donc ce qui suit:

- J'accueille l'appel de la demanderesse dans le cadre des litiges portant les numéros de dossiers T-1251-92 et T-903-93.
- J'annule les avis de décisions du ministre du Revenu nationale datés du 5 mars 1993 et du 18 mars 1992.

- I further quash the notices of determination having nos. 2228-0199265 (November 22, 1991) and 2228-0167034 (July 16, 1991).
- I find that the plaintiff is entitled to reimbursement of the following amounts, namely:

In file T-1251-92:

The amount of \$6,778,712.48, representing the difference between the amount claimed in the GST 207F form, dated February 19, 1991 and the amount allowed by the Deputy Minister of National Revenue, Customs and Excise, in the notice of determination having No. 2228-0167034, dated July 16, 1991; plus interest.

In file T-903-93:

The sum of \$361,191.69, representing the difference between the amount claimed in the GST 207F form, dated October 1, 1991, and the amount allowed by the Deputy Minister of National Revenue, Customs and Excise, in the notice of determination having No. 2228-0199265, dated November 22, 1991; plus interest.

- I award costs to the plaintiff.

- J'annule également les avis de détermination portant les numéros 2228-0199265 (22 novembre 1991) et 2228-0167034 (16 juillet 1991).

- Je déclare que la demanderesse est en droit d'obtenir le remboursement des sommes suivantes soit:

Dans le cadre du dossier T-1251-92:

La somme de 6 778 712,48 \$ représentant la différence entre le montant réclamé dans le formulaire TPS 207F, daté du 19 février 1991 et la somme accordée par le sous-ministre du Revenu national, Douanes et Accise dans l'avis de détermination portant le numéro 2228-0167034 et daté du 16 juillet 1991. Intérêts en sus.

Dans le cadre du dossier T-903-93:

La somme de 361 191,69 \$ représentant la différence entre le montant réclamé dans le formulaire TPS 207F, daté du 1<sup>er</sup> octobre 1991 et la somme accordée par le sous-ministre du Revenu national, Douanes et Accise dans l'avis de détermination portant le numéro 2228-0199265 et daté du 22 novembre 1991. Intérêts en sus.

- J'accorde les dépens à la demanderesse.

T-2416-97

**The Governor and Company of the Bank of Scotland (Plaintiff)**

v.

**The Owners and All Others Interested in the Ship "Nel" and Ocean Profile Maritime Limited (Defendants)**

INDEXED AS: *GOVERNOR AND COMPANY OF THE BANK OF SCOTLAND v. NEL (THE) (T.D.)*

Trial Division, Hargrave P.—Vancouver, January 6, 1999 and August 2, 2000.

*Maritime law — Liens and mortgages — Vessel arrested as mortgage in default — Court ordering sale pendente lite — Determination of order of priorities concerning mortgagee's claim — Costs of sale taking first priority — Mortgage security, in form of account current mortgage, securing all unrecovered amounts owing to Bank — Bank acted to keep fleet operating to maintain going concern value, bring in return — No direct evidence of intent to grant preference — Mortgagee buying one of ships of mortgaged fleet, selling to Bank customer at substantial profit — Mortgagee not entitled to buy vessel at court ordered sale unless granted permission by Court — Onus on mortgagee to act fairly, in good faith without placing itself in conflict of interest situation — Mortgagee not overall trustee on ship sale under mortgage, trustee for surplus realized on sale — Constructive trust appropriate tool to prevent unjust enrichment — Sum of \$1,655,249.40 deemed to have been received by Bank as unjust enrichment.*

*Maritime law — Creditors and debtors — Plaintiff claiming priority as mortgagee on court ordered sale of ship — Relying on doctrine of merger into judgment — Remedy, not cause of action, merging with judgment, leaving debt to survive — Bank obtaining judgment on debt, also holding mortgage giving rise to claim against res — Usual ranking of maritime priorities not to be departed from except in special circumstances, where necessary to prevent obvious injustice — Plaintiff ranking below maritime liens, above statutory rights in rem — Argument Bank wrongfully delayed in moving against Nel, related vessels based upon supposition, innuendo, assumption — Not special circum-*

T-2416-97

**The Governor and Company of the Bank of Scotland (demanderesse)**

c.

**Les propriétaires et toutes les autres personnes ayant un droit sur le navire «Nel» et Ocean Profile Maritime Limited (défendeurs)**

RÉPERTORIÉ: *GOVERNOR AND COMPANY OF THE BANK OF SCOTLAND c. NEL (LE) (I<sup>re</sup> INST.)*

Section de première instance, protonotaire Hargrave—Vancouver, 6 janvier 1999 et 2 août 2000.

*Droit maritime — Privilèges et hypothèques — Navire saisi par suite du non-paiement de l'hypothèque — La Cour avait ordonné la vente du navire pendant le procès — Détermination du rang de la réclamation du créancier hypothécaire — Les frais de vente occupent le premier rang — La garantie hypothécaire, sous la forme d'une hypothèque se rapportant au compte courant, garantissait tous les montants non recouverts dus à la Banque — La Banque avait essayé de continuer à exploiter la flotte de façon qu'elle ait une valeur d'exploitation et qu'elle rapporte un revenu — Absence de preuve directe de l'intention d'attribuer un rang prioritaire — Le créancier hypothécaire avait acheté l'un des navires de la flotte grevée d'une hypothèque et l'avait revendu à un client de la Banque en faisant un profit élevé — Le créancier hypothécaire n'a le droit d'acheter un navire dans le cadre d'une vente judiciaire que si la Cour le permet — Il est tenu d'agir d'une façon juste et de bonne foi sans se mettre dans une situation de conflit d'intérêts — Il n'agit pas comme fiduciaire général lorsqu'un navire est vendu en vertu d'une hypothèque, mais comme fiduciaire à l'égard de l'excédent réalisé lors de la vente — La fiducie par interprétation est un outil approprié en vue d'empêcher l'enrichissement sans cause — La Banque est réputée avoir touché la somme de 1 655 249,40 \$ au titre de l'enrichissement sans cause.*

*Droit maritime — Créanciers et débiteurs — La demanderesse alléguait avoir priorité en sa qualité de créancière hypothécaire dans le cadre de la vente judiciaire d'un navire — Elle se fondait sur la doctrine de la fusion — C'est le recours qui fusionne avec le jugement plutôt que la cause d'action, de sorte que la créance continue à exister — La Banque a obtenu un jugement à l'égard de sa créance et elle détenait également une hypothèque qui donnait naissance à une réclamation portant sur la chose — On ne devrait pas s'écarter de l'ordre habituel de priorité si ce n'est en raison de circonstances particulières, et lorsque cela est nécessaire pour empêcher une injustice flagrante —*

*stances constituting obvious injustice justifying departure from usual priorities.*

*Practice — Judgments and orders — Default judgment — Plaintiff taking default judgment at early date — Whether claim, under mortgage on fleet of ships, ought to be capped at amount of 1997 default judgment on basis crystallized at that amount — Judgment in rem binding, invocable against any person — Efficacy of default judgment less than that of judgment on merits — Statement of claim both in rem, in personam — Issue effect of default judgment — When judgment given in action, cause of action merges in judgment, replaced by rights created by judgment — Bank entitled to claim \$14,124,420.50, less various deductions, plus payments made on account of crew wages, costs of sale.*

*Federal Court jurisdiction — Trial Division — Supplier of chemicals necessary for operation of vessel claiming maritime lien under Federal Court Act — Whether claim against nine sisterships also enforceable, as maritime liens, against ship sued in rem — Sistership procedure set out in Act, s. 43(8) — Jurisdiction over goods, services conferred by Act, s. 22(2) enforced as statutory right in rem under Act, s. 43(2) — Right ranking after maritime liens, mortgages — Supplier may enforce claims against vessels related to ship sued, against her, under sistership provision, as statutory rights in rem, not maritime lien — Claimants relying on statutory right in rem having priority below that of mortgagee.*

This was a motion to determine priorities following the court ordered sale of the Cypriot vessel *Nel*, which had been arrested at Vancouver by the plaintiff, the Bank of Scotland, as mortgagee, the mortgage being in default. In fact, the ship's owner had abandoned her, closed its office and disappeared. The Court ordered the sale of the vessel, *pendente lite*, at US\$5,000,000, apportioning \$4,910,450 and \$89,550 for the ship and the bunkers aboard the ship, respectively. In January 1998, default judgment in favour of the Bank of Scotland, based on principle and interest on its

*La Banque vient après les privilèges maritimes et avant les droits réels prévus par la loi — L'argument selon lequel la Banque a commis la faute de tarder à prendre des mesures contre le Nel et contre les autres navires est fondé sur des suppositions, des insinuations et des hypothèses — Il n'existe pas de circonstances spéciales donnant lieu à une injustice flagrante justifiant que l'on déroge à l'ordre habituel de priorité.*

*Pratique — Jugements et ordonnances — Jugement par défaut — La demanderesse a demandé un jugement par défaut prématurément — Il s'agissait de savoir si la réclamation de la Banque, en vertu de l'hypothèque qu'elle détenait sur la flotte de navires, devait être limitée au montant fixé dans le jugement par défaut rendu en 1997 pour le motif que la réclamation s'était cristallisée à ce montant — Le jugement portant sur la chose est obligatoire et vaut contre tous — Un jugement par défaut est moins efficace qu'un jugement au fond — La déclaration est à la fois de nature réelle et de nature personnelle — Il s'agissait de savoir quel était l'effet du jugement par défaut — Lorsqu'un jugement a été rendu dans une action, la cause d'action qui y a donné lieu fusionne avec le jugement et est remplacée par les droits créés par le jugement — La Banque avait le droit de réclamer 14 124 420,50 \$, déduction faite de certains montants, plus les paiements du salaire de l'équipage et des frais de vente.*

*Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Un fournisseur de produits chimiques nécessaires aux fins du fonctionnement du navire a fait valoir un privilège maritime en vertu de la Loi sur la Cour fédérale — Il s'agissait de savoir si la revendication à l'égard de neuf navires frères s'appliquait également au navire visé par l'action réelle en tant que privilège maritime — La procédure relative aux navires frères est énoncée à l'art. 43(8) de la Loi — La compétence sur les marchandises et services conférée par l'art. 22(2) de la Loi est exercée dans le contexte d'un droit réel prévu par la loi en vertu de l'art. 43(2) de la Loi — Ce droit vient après les privilèges maritimes et les hypothèques — Le fournisseur peut faire valoir sur le navire visé par l'action ses créances contre des navires liés au navire en vertu de la disposition relative aux navires frères en tant que droits réels prévus par la loi, mais non en tant que privilèges maritimes — Les créanciers se sont fondés sur un droit réel prévu par la loi prenant rang après une hypothèque.*

Il s'agissait d'une requête visant à permettre de déterminer l'ordre de priorité à la suite de la vente judiciaire du navire chypriote *Nel*, qui avait été saisi à Vancouver par la Bank of Scotland, demanderesse, en sa qualité de créancière hypothécaire, parce que l'hypothèque n'avait pas été payée. En fait, le propriétaire du *Nel* avait abandonné le navire, avait fermé son bureau et avait disparu. La Cour a ordonné que le navire soit vendu pendant le procès pour la somme de 5 000 000 \$US, des montants de 4 910 450 \$ et de 89 550 \$ étant respectivement attribués au navire et aux soutes. Au

loan, was in an amount equivalent, on the date of the judgment, to US\$12,047,788.08. The claim was subsequently presented, at the priority hearing, at \$14,124,420.50, less various amounts received from the sale of other vessels covered by the fleet mortgage. The plaintiff argued that the mortgage security, in the form of an account current mortgage, reflected and secured all unrecovered amounts owing to it. It did not rely upon a maritime lien and some undefined ability to transmute the payment into an *in rem* claim, but rather upon its loan documentation, including the mortgage security. The main issues on this motion were: (1) the ranking of the plaintiff's claim as mortgagee, and various related issues and (2) the status and ranking of other claimants and of holders of statutory rights *in rem*.

*Held*, under the basic ranking of *in rem* claims, the plaintiff's mortgage should be ranked below maritime liens but ahead of statutory rights *in rem*.

The priorities given to maritime claims in Canada are as follows: 1. disbursements of the admiralty marshal or sheriff; 2. costs of the sale; 3. possessory liens predating other liens; 4. maritime liens; 5. possessory liens arising after maritime liens; 6. mortgages; 7. statutory rights *in rem*. There being no admiralty marshal's expense as such in this case, the costs of the sale, \$71,067.09, paid by the Bank of Scotland, were ranked first.

(1) The Bank's mortgage was in account current form, a document which can form all encompassing security. Taking into account the general nature of an account current mortgage, together with the specific circumstances of the case, the Court concluded that proper portions of the loan account, the running account, including the distress payments made to keep the vessels in the fleet operating and interest, were secured by the account current fleet mortgage over the various vessels, including the *Nel*. There were no real reasons to doubt the validity and effectiveness of the mortgage security which secured payment of all sums owing to the mortgagee on the account current. This broad view of the scope of security provided by an account current mortgage is in keeping with the practice of marine solicitors and the parties' intent, viewing the transactions between the Bank of Scotland and the owners of the mortgaged fleet as a whole. An account current mortgage is a broad security document and all the more so in the present instance, by reason of its specific wording. There is an onus, on the party trying to establish a preference, to show that the real intention was to prefer. After reviewing all of the circumstances, the Court must be satisfied that the dominant

mois de janvier 1998, le jugement par défaut obtenu par la Bank of Scotland, compte tenu du principal et des intérêts sur le prêt, s'élevait, à la date du jugement, à 12 047 788,08 \$US. Une réclamation de 14 124 420,50 \$ a par la suite été présentée, lors de l'audience relative à l'ordre de priorité, déduction faite de divers montants tirés de la vente d'autres navires visés par l'hypothèque grevant la flotte. La demanderesse a soutenu que la garantie hypothécaire, sous la forme d'une hypothèque se rapportant au compte courant, indiquait et garantissait tous les montants non recouverts qui lui étaient dus. Elle ne se fondait pas sur un privilège maritime ou sur une vague possibilité de transformer le paiement en une créance réelle, mais plutôt sur les documents relatifs au prêt, y compris une garantie hypothécaire. Les principales questions litigieuses dans cette requête se rapportaient: 1) au rang de la réclamation de la demanderesse en sa qualité de créancière hypothécaire et à diverses questions connexes et 2) au statut et au rang des autres créanciers et titulaires de droits réels prévus par la loi.

*Jugement*, selon le rang habituel des réclamations réelles, l'hypothèque de la demanderesse doit venir après les privilèges maritimes, mais avant les droits réels prévus par la loi.

L'ordre de priorité des créances maritimes au Canada est le suivant: 1) les débours du prévôt d'amirauté ou du shérif; 2) les frais de vente; 3) les privilèges possessoires antérieurs aux autres privilèges; 4) les privilèges maritimes; 5) les privilèges possessoires postérieurs aux privilèges maritimes; 6) les hypothèques; 7) les droits réels prévus par la loi. En l'espèce, étant donné qu'il n'y a pas de frais de prévôt d'amirauté en tant que tels, les frais de vente de 71 067,09 \$ payés par la Bank of Scotland occupaient le premier rang.

1) L'hypothèque de la Banque était sous la forme d'un compte courant, document qui peut servir de garantie générale. Compte tenu de la nature générale d'une hypothèque se rapportant à un compte courant ainsi que des faits de l'espèce, la Cour a conclu que les parties pertinentes du compte de prêts, le compte courant, y compris les paiements effectués par suite de la saisie afin de permettre que les navires de la flotte continuent à être exploités, ainsi que les intérêts étaient garantis par l'hypothèque relative au compte courant grevant la flotte, y compris le *Nel*. Il n'y avait pas réellement lieu de douter de la validité et de l'efficacité de la garantie hypothécaire qui garantissait le paiement de tous les montants dus à la créancière hypothécaire sur le compte courant. Cette conception large de l'étendue de la garantie fournie par une hypothèque relative à un compte courant est conforme à la pratique des avocats spécialisés en droit maritime et à l'intention des parties, les opérations conclues entre la Bank of Scotland et les propriétaires de la flotte grevée d'une hypothèque étant considérées dans leur ensemble. Une hypothèque relative à un compte courant est une garantie générale, et elle l'est d'autant plus dans ce cas-ci, où le libellé de l'hypothèque est précis. Il incombe à la



intention of preferment was present. Banks are not in the business of owning or operating ships. The actions of the Bank of Scotland gave all the appearance of a mortgagee trying to keep its mortgagor's fleet operating so that it might have some going concern value and bring in a return. There was little or nothing to infer an intent to grant a preference.

The *Blue L.*, one of the ships of the fleet mortgaged to the Bank of Scotland, was purchased by the latter, through a nominee company which immediately sold it to a customer of the Bank for \$5,000,000. The profit on the sale of the *Blue L.*, to be taken into account as a deduction from the total Bank of Scotland claim, amounted to \$1,665,249.40. In most jurisdictions, a mortgagee has no right to become a buyer in a court ordered sale unless granted permission by the Court. The mortgagee has a duty to act *bona fides*, without collusion with any purchaser and without placing itself in a conflict of interest situation. If a mortgagee sells to a company in which it is interested, it bears a heavy onus of showing that it has acted fairly and in good faith. There must be full disclosure before a mortgagee bids, either directly or indirectly, at a court ordered sale. Since the Bank of Scotland was unable to offer an exculpatory explanation for the purchase of the vessel through an off-shore company, it was equitable to add the profit as recovery under its mortgage. The amount that the Bank recouped on the *Blue L.* transaction was not a profit on an independent business transaction, but was made by reason of its position as mortgagee of the *Blue L.* The appropriate tool for arriving at an equitable conclusion was a constructive trust. A mortgagee is not an overall trustee on a ship sale under a mortgage, but is a trustee for any surplus realized on a sale, and in that case, it must act in good faith. A constructive trust is an equitable remedy designed to prevent unjust enrichment. All conditions placed upon the imposition of a constructive trust were met. The sum of \$1,655,249.40 was deemed to have been received by the Bank of Scotland and to have been applied toward satisfaction of its fleet mortgage.

The next issue was whether the Bank's claim, under its fleet mortgage, ought to be capped at the amount of its 1997 default judgment on the basis that it was then crystallized at that amount. The submission to bar the Bank of Scotland

partie qui cherche à établir la priorité de démontrer que l'intention véritable visait à accorder la priorité. Après avoir examiné toutes les circonstances, la Cour doit être convaincue de l'existence d'une intention marquée d'accorder la priorité. Les banques ne s'occupent pas de posséder ou d'exploiter des navires. Par ses actions, la Bank of Scotland s'est comportée à tous égards comme un créancier hypothécaire qui essayait de continuer à exploiter la flotte du débiteur hypothécaire de façon qu'elle ait une valeur d'exploitation et qu'elle rapporte un revenu. Il n'existait guère d'éléments permettant d'inférer l'intention d'attribuer un rang prioritaire.

Le *Blue L.*, qui faisait partie de la flotte sur laquelle la Bank of Scotland détenait une hypothèque, avait été acheté par cette dernière, par l'entremise d'une société prête-nom, qui l'a immédiatement vendu à un client de la Banque pour la somme de 5 000 000 \$. Le profit tiré de la vente du *Blue L.*, qu'il faut déduire du montant de la réclamation de la Bank of Scotland, s'élevait à 1 665 249,40 \$. Dans la plupart des pays, les créanciers hypothécaires ne peuvent se porter acquéreurs dans le cadre d'une vente judiciaire que si la cour le leur permet. Le créancier hypothécaire est tenu d'agir de bonne foi, sans collusion avec l'acheteur et sans se mettre dans une situation créant un conflit d'intérêts. Si un créancier hypothécaire vend un bien à une société dans laquelle il a des intérêts, il existe une lourde obligation de sa part de démontrer qu'il a agi d'une façon juste et de bonne foi. Il doit y avoir une divulgation complète avant qu'un créancier hypothécaire puisse faire une offre, directement ou indirectement, dans le cadre d'une vente judiciaire. Étant donné que la Bank of Scotland n'a pas pu offrir d'explication pour justifier l'achat du navire par l'entremise d'une société étrangère, il était juste d'ajouter le profit à la somme recouvrée en vertu de son hypothèque. Le montant que la banque a recouvré par suite de l'opération conclue à l'égard du *Blue L.* ne constituait pas un profit sur une opération commerciale indépendante, mais résultait de l'hypothèque que la banque détenait sur le *Blue L.* Pour arriver à une conclusion équitable, il convenait de se fonder sur l'existence d'une fiducie par interprétation. Le créancier hypothécaire n'agit pas comme fiduciaire général lorsqu'un navire est vendu en vertu d'une hypothèque, mais il agit comme fiduciaire à l'égard de tout excédent réalisé lors d'une vente, auquel cas il doit être de bonne foi. La fiducie par interprétation est une réparation en *equity* destinée à empêcher l'enrichissement sans cause. Toutes les conditions applicables à la création d'une fiducie par interprétation ont été remplies. La Bank of Scotland est réputée avoir touché la somme de 1 655 249,40 \$ et l'avoir imputée au paiement de la créance hypothécaire qu'elle détenait sur la flotte.

Il s'agissait ensuite de savoir si la réclamation de la banque, en vertu de l'hypothèque qu'elle détenait sur la flotte, devait être limitée au montant fixé dans le jugement par défaut rendu en 1997, pour le motif que la réclamation

from claiming more than the amount set out in its default judgment was that, on a default judgment, the allegations and the claim were deemed proven at \$12,047,788.08. The efficacy of a default judgment may be less than that of a judgment on the merits. The issue came down to the effect of the default judgment. When judgment has been given in an action, the cause of action merges in the judgment, its place being taken by the rights created by the judgment. The result is that a second action may not be brought on that cause of action. The doctrine of merger is bounded by the principle that there is no merger unless the cause of action is the same in both actions and plaintiff had an opportunity of recovering in the first action what he seeks to recover in the second. It is the remedy which merges with the judgment, not the cause of action itself, leaving a debt to survive; and where the creditor has more than one remedy, such debt survives unimpaired. The Bank of Scotland's mortgage gave it a claim against the *res*, as represented by the sale proceeds of the *Nel*, which could be exercised, to the full amount owing, at this priority hearing.

The claimants *in rem*, who take priority below the Bank of Scotland, submitted that there should be a departure from the usual order of priorities, so that the Bank would stand below those claimants who do not hold maritime liens. The usual priorities ought not to be departed from except in very special circumstances and the powers in equity to upset the long established orders of priority should be exercised only where necessary to prevent an obvious injustice. The displacement of the Bank of Scotland from the usual position below a maritime lien and above a statutory right *in rem* could be done only in very special circumstances. The argument that the plaintiff wrongfully delayed in moving against the *Nel* and related vessels was largely based upon supposition, innuendo and assumption. It is up to the party seeking to upset the established order of priorities to clearly demonstrate the special circumstances and the plainly unjust result. The claimants have failed to make that demonstration. There were no special circumstances constituting an obvious injustice justifying a departure from the usual priorities. In instituting the present action *in rem*, the Bank made a reasonable decision. It was entitled to claim the amount as presented on January 4, 1999, less various deductions, but augmented by payments made on account of crew wages and costs of sale; it was also entitled to any surplus after payment out of prior claims.

(2) The Court also considered the status and ranking of various claims from suppliers which have dealt with the *Nel*.

s'était cristallisée à ce montant. On a prétendu que la Bank of Scotland ne peut réclamer plus que le montant fixé dans le jugement par défaut parce que les allégations et la réclamation étaient réputées être prouvées pour un montant de 12 047 788,08 \$ par suite du jugement par défaut qui avait été rendu. Un jugement par défaut est peut-être moins efficace qu'un jugement rendu sur le fond. Il s'agissait de savoir quel était l'effet du jugement par défaut. Lorsqu'un jugement a été rendu dans une action, la cause d'action qui y a donné lieu fusionne avec le jugement et est remplacée par les droits créés par le jugement. Le résultat est qu'on ne saurait intenter une deuxième action fondée sur cette cause d'action. La doctrine de la fusion est limitée par le principe selon lequel il n'y a fusion que si la cause d'action est la même dans les deux actions et si le demandeur a eu la possibilité de recouvrer, dans la première action, ce qu'il cherche à recouvrer dans la deuxième. C'est le recours qui fusionne avec le jugement plutôt que la cause d'action elle-même, de sorte que la créance continue à exister; lorsque le créancier dispose de plus d'un recours, pareille créance continue à exister telle quelle. La Bank of Scotland détenait une hypothèque qui donnait naissance à une réclamation portant sur la chose telle qu'elle était représentée par le produit de la vente du *Nel*, et dont il était possible de se prévaloir pour le plein montant qui était dû dans le cadre de l'audience relative à la question de l'ordre de priorité.

Les créanciers en matière réelle, qui viennent après la Bank of Scotland, ont soutenu que l'on devrait s'écarter de l'ordre de priorité habituel, de façon que la banque vienne après les créanciers qui ne détiennent pas de privilèges maritimes. On ne devrait pas s'écarter de l'ordre habituel des priorités si ce n'est en raison de circonstances particulières, et le pouvoir en *equity* de modifier la collocation établie de longue date ne devrait être exercé que lorsque cela est nécessaire pour empêcher une injustice évidente. Pour modifier le rang que la Bank of Scotland occuperait habituellement, après un privilège maritime et avant un droit réel prévu par la loi, il faut se fonder sur des circonstances particulières. L'argument selon lequel la demanderesse a commis la faute de tarder à prendre des mesures contre le *Nel* et contre les autres navires est dans une large mesure fondé sur des suppositions, des insinuations et des hypothèses. Il incombe à la partie qui cherche à faire modifier l'ordre de priorité établi de démontrer clairement qu'il existe des circonstances spéciales et que le résultat est manifestement injuste. Les créanciers n'ont pas satisfait à ce critère. Il n'existait aucune circonstance particulière créant une injustice flagrante justifiant la modification de l'ordre de priorité habituel. En intentant la présente action réelle, la banque a pris une décision raisonnable. Elle avait le droit de réclamer le montant soumis le 4 janvier 1999, moins diverses déductions, plus les sommes payées au titre des salaires de l'équipage et des frais de vente; elle avait également droit à tout excédent une fois payées les créances qui venaient avant la sienne.

2) La Cour a également examiné le statut et le rang de diverses réclamations faites par des fournisseurs qui avaient

First, Alpha Bunkering of Greece, which supplied bunker fuel through a subcontractor in Panama, claimed a maritime lien under Panamanian or American law. On the basis of the jurisdiction clause of the subcontractor who supplied the fuel which the owner of the *Nel* ordered from Alpha Bunkering, American law applied and Alpha Bunkering held a maritime lien. The supply of bunkers in Panama gives rise to a maritime lien under Article 1507 of the *Commercial Code of Panama*. However, the parties to the transaction stipulated American law to apply, thus negating the effect of the Code. The maritime lien for necessities delivered outside the United States ranks after a foreign preferred mortgage; only a limited number of so-called American maritime liens outrank a mortgage. The lien claimed by Alpha Bunkering was not a preferred maritime lien in the sense that it attached after the Bank of Scotland's mortgage was registered. It was a maritime lien travelling with the ship. In the Canadian system of priorities, while the Alpha Bunkering lien was not a preferred maritime lien, it still ranked ahead of the Bank of Scotland's mortgage.

Second, Aktina S.A., a Greek business, is a travel agent supplying air travel tickets for ship crews. In August 1996, Aktina and Leond Maritime Inc., owner of the fleet of which the *Nel* was part, entered into an agreement whereby, on instructions from Leond, Aktina would organize travels and purchase tickets. This agreement set out a ticketing supply and payment procedure which, if adhered to by the parties, would result in a pure *in personam* claim, with no *in rem* facet giving rise to a maritime lien. Such lien could not arise under Article 2(5) of the Brussels Convention of 1926 for two reasons. First, the Cooperation Agreement expressly provided that tickets will issue only "under telephone or other (written) order of Leond Maritime Inc.". The master had no right to request tickets from Aktina and thus could not in any way bring into play Article 2(5) and trigger a maritime lien. Second, Article 2(5) requires, to establish a maritime lien, that the necessities must have been ordered by the master. A maritime lien being, in a sense, an exceptional remedy, there ought to be clear evidence as to how it has arisen within the wording of Article 2(5) of the Brussels Convention. Aktina S.A. tried to protect itself through *in personam* agreements but could not claim a maritime lien against the *Nel*. If it has some kind of *in rem* claim at all, it is one coming behind that of the Bank of Scotland as mortgagee.

traité avec le *Nel*. En premier lieu, Alpha Bunkering, qui exploitait une entreprise en Grèce et qui avait fourni des soutes par l'entremise d'un sous-traitant, à Panama, avait fait valoir un privilège maritime en vertu du droit panaméen ou du droit américain. Compte tenu de la clause de compétence relative au sous-traitant qui a fourni le combustible que le propriétaire du *Nel* avait commandé à Alpha Bunkering, le droit américain s'appliquait et Alpha Bunkering était titulaire d'un privilège maritime. La fourniture des soutes à Panama crée un privilège maritime en vertu de l'article 1507 du *Commercial Code of Panama*. Toutefois, les parties ont stipulé que c'était le droit américain qui régissait l'opération, de sorte que ce code ne s'appliquait pas. Le privilège maritime se rapportant aux approvisionnements nécessaires livrés en dehors des États-Unis vient après une hypothèque privilégiée étrangère; un nombre restreint seulement de soi-disant privilèges maritimes américains viennent avant une hypothèque. Le privilège invoqué par Alpha Bunkering n'était pas un privilège maritime prioritaire en ce sens qu'il avait pris naissance après l'enregistrement de l'hypothèque de la Bank of Scotland. Il s'agissait d'un privilège maritime qui était rattaché au navire. Selon le système canadien des priorités, le privilège d'Alpha Bunkering n'est pas un privilège maritime prioritaire, mais il venait néanmoins avant l'hypothèque de la Bank of Scotland.

Deuxièmement, Aktina S.A., une entreprise grecque, est un agent de voyages qui s'occupe de fournir des billets d'avion pour les équipages de navires. Au mois d'août 1996, Aktina et Leond Maritime Inc., propriétaire de la flotte dont le *Nel* faisait partie, ont conclu une entente selon laquelle, sur les instructions de Leond, Aktina devait organiser les voyages et acheter les billets. Cette entente énonçait une procédure de fourniture des billets et de paiement qui, si les parties s'y conformaient, donnait naissance à une simple créance personnelle ne comportant aucun élément réel susceptible de créer un privilège maritime. Pareil privilège ne pouvait pas prendre naissance en vertu du paragraphe 2(5) de la Convention de Bruxelles de 1926, et ce, pour deux raisons. Premièrement, l'entente de collaboration prévoyait expressément que les billets étaient uniquement délivrés «à la demande de Leond Maritime Inc., faite par téléphone ou autrement (par écrit)». Le capitaine n'avait pas le droit de demander de billets à Aktina et il ne pouvait donc pas agir d'une façon qui puisse faire entrer en ligne de compte le paragraphe 2(5) et déclencher la création d'un privilège maritime. Deuxièmement, le paragraphe 2(5) exige, aux fins de la création d'un privilège maritime, que les approvisionnements nécessaires soient commandés par le capitaine. Étant donné qu'un privilège maritime est dans un certain sens un recours exceptionnel, il devrait exister une preuve claire au sujet de la façon dont il a pris naissance dans le contexte du paragraphe 2(5) de la Convention de Bruxelles. Aktina S.A. a tenté de se protéger au moyen d'ententes de nature personnelle, mais elle ne pouvait pas revendiquer un privilège maritime contre le *Nel*. Si Aktina a une quelconque créance réelle, cette créance vient après celle de la Bank of Scotland en sa qualité de créancière hypothécaire.

Third, Ashland Chemical Company, which produces and supplies chemicals necessary for the operation of seagoing ships, claimed a maritime lien against the *Nel* for \$9,712.88. When necessities are supplied to a ship by or through an American supplier, whether at an American port or elsewhere, a maritime lien arises in favour of the supplier. The issue was whether Ashland's claim of maritime lien against nine other ships, said to be sisterships to the *Nel*, was also enforceable, as maritime lien, against the *Nel*. The maritime liens which Ashland brought into Canada to enforce under Canadian sistership procedure are rights against given ships, as opposed to substantive rights which might be attached to some other ships. Sistership procedure is set out in subsection 43(8) of the *Federal Court Act*. The jurisdiction over goods and services, in essence necessities, may be enforced as a statutory right *in rem* as provided for in subsection 43(2) of the Act. This statutory right *in rem* arising out of a necessities claim has a priority coming after maritime liens and mortgages. A substantive American maritime lien does not fit into the sistership framework set out in subsection 43(8) of the Act which merely refers to the jurisdiction conferred by section 22 of the Act as being enforceable *in rem* against the sistership. Parliament did not intend that sistership legislation be easily defeated. In this case, the registered owners of the Leond Maritime fleet were sham companies and the operating company for all of the ships was Leond Maritime Inc. Ashland might enforce all of its claims, sistership or otherwise, against the *Nel*, but those claims arising out of necessities supplied to other ships may not be enforced against the *Nel* as maritime liens. The offending ship is the only ship subject to a maritime lien which forms a privileged claim against the specific ship, arising by operation of law. Ashland may enforce its claims against vessels related to the *Nel*, against the *Nel*, under the sistership provision in the *Federal Court Act*, but when so enforced, these claims do not have the same status as a maritime lien. They are enforced as statutory rights *in rem*, with a priority falling below that of a mortgagee. Ashland shall have, as a maritime lien holder with priority ahead of the Bank of Scotland, the sum of \$9,712.88.

Fourth, Sait Communications S.A. of Belgium claimed a maritime lien in the amount of \$20,672.64 together with interest. Belgian necessities suppliers have the benefit of maritime liens for contractual claims as set out in Article 23 of the Belgian Maritime Code. This was not a claim

Troisièmement, Ashland Chemical Company, qui fabrique et fournit les produits chimiques nécessaires au fonctionnement des navires long-courriers, a revendiqué un privilège maritime d'un montant de 9 712,88 \$ contre le *Nel*. Lorsque les approvisionnements nécessaires sont fournis à un navire par un fournisseur américain ou par l'entremise d'un fournisseur américain, dans un port américain ou ailleurs, un privilège maritime prend naissance en faveur du fournisseur. Il s'agissait de savoir si la revendication d'un privilège maritime par Ashland à l'encontre de neuf autres navires, qui étaient apparemment des navires frères du *Nel*, s'appliquait également au *Nel*, en tant que privilège maritime. Les privilèges maritimes qu'Ashland cherchait à faire valoir au Canada en vertu de la procédure canadienne relative aux navires frères sont des droits sur des navires donnés, par opposition aux droits qui pourraient se rattacher à certains autres navires. La procédure relative aux navires frères est énoncée au paragraphe 43(8) de la *Loi sur la Cour fédérale*. La compétence sur les marchandises et services, qui sont essentiellement des approvisionnements nécessaires, peut être exercée dans le contexte d'un droit réel prévu par la loi comme le prévoit le paragraphe 43(2) de la Loi. Ce droit réel prévu par la loi découlant d'une réclamation relative aux approvisionnements nécessaires vient après les privilèges maritimes et les hypothèques. Les privilèges maritimes américains quant au fond ne s'appliquent pas dans le contexte des navires frères prévu au paragraphe 43(8) de la Loi, car cette disposition se rapporte simplement à la compétence en matière réelle conférée par l'article 22 de la Loi à l'encontre des navires frères. Le législateur ne voulait pas qu'il soit possible de se soustraire si facilement à la législation relative aux navires frères. En l'espèce, les propriétaires enregistrés de la flotte de Leond Maritime étaient des sociétés fictives et la société qui exploitait tous les navires était Leond Maritime Inc. Ashland pourrait faire valoir toutes ses réclamations, en se fondant sur la doctrine des navires frères ou autrement, à l'encontre du *Nel*, mais il ne serait pas possible de faire valoir à l'encontre du *Nel*, en tant que privilèges maritimes, les réclamations découlant des approvisionnements nécessaires fournis aux autres navires. Seul le navire en cause est assujéti à un privilège maritime, qui constitue une créance privilégiée contre ledit navire, découlant de l'application de la loi. Ashland peut faire valoir ses créances à l'encontre du *Nel* contre des navires liés au *Nel* en vertu de la disposition de la *Loi sur la Cour fédérale* relative aux navires frères, mais en pareil cas, ces créances n'ont pas le même statut qu'un privilège maritime. Il s'agit de droits réels prévus par la loi prenant rang après une hypothèque. Ashland obtiendra la somme de 9 712,88 \$, en sa qualité de titulaire d'un privilège maritime prenant rang avant la Bank of Scotland.

Quatrièmement, Sait Communications S.A., établie en Belgique, a fait valoir un privilège maritime d'un montant de 20 672,64 \$, avec les intérêts. Les fournisseurs belges d'approvisionnements nécessaires détiennent des privilèges maritimes pour des réclamations contractuelles conformé-

resulting from a contract entered into by the master, acting within the scope of his authority and away from the vessel's home port. No maritime lien has accrued to Sait Communications S.A.

Fifth, Bureau Veritas, a ship classification organization based in France, claimed the equivalent of \$10,547.04 for various surveys carried out in Korea. In France, the necessities must have been ordered by the master. In this case, Bureau Veritas dealt with and indeed contracted with the shipowner and not with the master. Its claim to a share of the sale proceeds based upon a maritime lien was denied.

Sixth, there was a claim from Mariners' Medical Clinic, a Vancouver organization which arranged a survey of the *Nel*'s medical supplies and provided medical supplies in order to bring the ship up to the statutory standard, in November of 1997. These services and supplies, in the amount of \$1,353.31 were for the benefit of crew members of the *Nel*. It was appropriate and in keeping with the concept of justice that the usual priorities be varied so as to place Mariners' Medical Clinic in a position analogous to that of the holder of a maritime lien.

Finally, there were a number of claimants, both Canadian and offshore, who did not have the benefit of the maritime lien accorded to those necessities suppliers who may rely upon the law of a more favourable jurisdiction. These claimants had only a statutory right *in rem* upon which to rely, with a priority below that of a mortgagee. There were no surplus funds from which to satisfy such claims.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Belgian Maritime Code*, Art. 23.  
*Canada Shipping Act*, R.S.C., 1985, c. S-9.  
*Commercial Code of Panama*, Art. 1507.  
*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 22(1),(2)(c),(m), 43(2),(8) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 12).  
*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, R. 437.  
*Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, r. 210.  
 Greek Code of Private Maritime Law, Art. 205.  
*Interest Act*, R.S.C., 1985, c. I-15.  
*International Convention for the Unification of Certain Rules Relating to Maritime Liens and Mortgages and Protocol of Signature*, Brussels, April 10, 1926, Art. 2(5).  
*International Convention for the Unification of Certain Rules Relating to the Arrest of Sea-going Ships*, Brussels, May 10, 1952.  
*Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, ss. 12, 15(2)(b).

ment à l'article 23 du Code maritime belge. La réclamation ne résultait pas d'un contrat passé par le capitaine hors du port d'attache, en vertu de ses pouvoirs. Sait Communications S.A. n'a acquis aucun privilège maritime.

Cinquièmement, Bureau Veritas, une société de classification de navires établie en France, réclamait une somme correspondant à 10 547,04 \$ pour diverses études effectuées en Corée. En France, les approvisionnements nécessaires doivent être commandés par le capitaine. En l'espèce, Bureau Veritas a traité avec le propriétaire du navire plutôt qu'avec le capitaine et a de fait conclu un contrat avec le propriétaire. Sa réclamation à l'égard d'une partie du produit de la vente, fondée sur un privilège maritime, a été rejetée.

Sixièmement, il y avait une réclamation de Mariners' Medical Clinic, une organisation de Vancouver qui avait veillé à ce que les fournitures médicales destinées au *Nel* soient vérifiées et avait approvisionné le navire en fournitures médicales au mois de novembre 1997, de façon qu'il satisfasse à la norme légale. Ces services et fournitures, d'un montant de 1 353, 31 \$, étaient destinés aux membres de l'équipage du *Nel*. Il était approprié et juste que l'ordre de priorité habituel soit modifié de façon à placer Mariners' Medical Clinic dans une situation analogue à celle du titulaire d'un privilège maritime.

Enfin, il y avait un certain nombre de créanciers, tant canadiens qu'étrangers, ne bénéficiant pas du privilège maritime accordé aux fournisseurs d'approvisionnements nécessaires qui peuvent se fonder sur le droit d'un pays plus favorable. Ces créanciers pouvaient uniquement invoquer un droit réel prévu par la loi et prendre rang après le créancier hypothécaire. Il n'y avait pas de fonds excédentaires qui soient disponibles en vue de payer ces réclamations.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Code grec de droit maritime privé, art. 205.  
*Code maritime belge*, art. 23.  
*Commercial Code of Panama*, art. 1507.  
*Convention internationale pour l'unification de certaines règles relatives aux privilèges et hypothèques maritimes et protocole de signature*, Bruxelles, 10 avril 1926, art. 2(5).  
*Convention internationale pour l'unification de certaines règles sur la saisie conservatoire des navires de mer*, Bruxelles, 10 mai 1952.  
*Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 12, 15(2)b).  
*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 22(1),(2)(c),(m), 43(2),(8) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 12).  
*Loi sur la marine marchande du Canada*, L.R.C. (1985), ch. S-9.  
*Loi sur l'intérêt*, L.R.C. (1985), ch. I-15.  
*Maritime Lien Act*, 46 U.S.C. § 971 (1994).

*Maritime Lien Act*, 46 U.S.C. § 971 (1994).  
*Supreme Court Act, 1981* (U.K.), 1981, c. 54.

*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, Règle 437.  
*Règles de la Cour fédérale, 1998*, DORS/98-106, règle 210.

*Supreme Court Act, 1981* (R.-U.), 1981, ch. 54.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Todd Shipyards Corp. v. Altema Compania Maritima S.A.*, [1974] S.C.R. 1248; (1972), 32 D.L.R. (3d) 571; *Fraser Shipyards and Industrial Centre Ltd. v. Atlantis Two (The)* (1999), 170 F.T.R. 1 (F.C.T.D.); *Cleveland v. Boak et al.* (1906), 39 N.S.R. 39 (C.A.); *Peat (Sir W. H.) v. Gresham Trust, Ltd.*, [1934] A.C. 252 (H.L.); *Tse Kwong Lam v. Wong Chit Sen*, [1983] 1 W.L.R. 1349 (P.C.); *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.); *Scott Steel Ltd. v. Alarissa (The)*, [1996] 2 F.C. 883; (1996), 111 F.T.R. 81 (T.D.); affd (1997), 125 F.T.R. 284 (F.C.T.D.); *Metaxas v. Galaxias (The)*, [1989] 1 F.C. 386; (1988), 19 F.T.R. 108 (T.D.).

##### DISTINGUISHED:

*Hollandsche Aanneming Maatschappij v. Ryan Leet (The)* (1997), 135 F.T.R. 67 (F.C.T.D.).

##### CONSIDERED:

*Osborn Refrigeration Sales and Service Inc. v. The Atlantean I*, [1979] 2 F.C. 661; (1979), 100 D.L.R. (3d) 11 (T.D.); varied by *Osborn Refrigeration Sales & Service Inc. v. The Ship "Atlantean I" et al.* (1982), 7 D.L.R. (4th) 395; 52 N.R. 10 (F.C.A.); *Östgöta Enskilda Bank v. The Sea Star* (1994), 78 F.T.R. 304 (F.C.T.D.); *Jesionowski v. Wa-Yas (The)*, [1993] 1 F.C. 36; (1992), 55 F.T.R. 1 (T.D.); *European Central Railway Company, In re. Ex parte Oriental Financial Corporation* (1876), 4 Ch. D. 33 (C.A.); *Cockshutt Plow Co., Ltd. v. Kornysyn*, [1931] 3 W.W.R. 171 (Sask. K.B.); *McElroy v. Cowper-Smith and Woodman*, [1967] S.C.R. 425; (1967), 62 D.L.R. (2d) 65; 60 W.W.R. 85; *Thorne v. Ball* (1920), 50 D.L.R. 85; *Price v. Moulton* (1851), 10 C.B. 561; 138 E.R. 222; *The Skyptron*, 621 F.Supp. 171 (D.C. La. 1985); *Ssangyong Australia Pty Ltd. et al. v. Ship Looiersgracht et al.* (1994), 85 F.T.R. 265 (F.C.T.D.); *Sommers and Gray et al. v. The Queen*, [1959] S.C.R. 678; (1959), 124 C.C.C. 241; 31 C.R. 36; *Evpo Agnic, The*, [1988] 2 Lloyd's Rep. 411 (C.A.); *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; (1990), 74 D.L.R. (4th) 449; 45 Admin. L.R. 161; 114 N.R. 81; 3 T.C.T. 5303; 4 T.T.R. 267; *Mount Royal/Walsh Inc. v. Jensen Star (The)*, [1990] 1 F.C. 199; (1989), 99 N.R. 42 (C.A.).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Todd Shipyards Corp. c. Altema Compania Maritima S.A.*, [1974] R.C.S. 1248; (1972), 32 D.L.R. (3d) 571; *Fraser Shipyards and Industrial Centre Ltd. c. Atlantis Two (L')* (1999), 170 F.T.R. 1 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Cleveland v. Boak et al.* (1906), 39 N.S.R. 39 (C.A.); *Peat (Sir W. H.) v. Gresham Trust, Ltd.*, [1934] A.C. 252 (H.L.); *Tse Kwong Lam v. Wong Chit Sen*, [1983] 1 W.L.R. 1349 (P.C.); *Montres Rolex S.A. c. Canada*, [1988] 2 C.F. 39; (1987), 14 C.E.R. 309; 17 C.P.R. (3d) 507 (1<sup>re</sup> inst.); *Scott Steel Ltd. c. Alarissa (L')*, [1996] 2 C.F. 883; (1996), 111 F.T.R. 81 (1<sup>re</sup> inst.); conf. par (1997), 125 F.T.R. 284 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Metaxas c. Galaxias (Le)*, [1989] 1 C.F. 386; (1988), 19 F.T.R. 108 (1<sup>re</sup> inst.).

##### DISTINCTION FAITE D'AVEC:

*Hollandsche Aanneming Maatschappij c. Ryan Leet (Le)* (1997), 135 F.T.R. 67 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Osborn Refrigeration Sales and Service Inc. c. L'Atlantean I*, [1979] 2 C.F. 661; (1979), 100 D.L.R. (3d) 11 (1<sup>re</sup> inst.); modifié par *Osborn Refrigeration Sales & Service Inc. c. Le navire «Atlantean I» et al.* (1982), 7 D.L.R. (4th) 395; 52 N.R. 10 (C.A.F.); *Östgöta Enskilda Bank c. Le Sea Star* (1994), 78 F.T.R. 304 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Jesionowski c. Wa-Yas (Le)*, [1993] 1 C.F. 36; (1992), 55 F.T.R. 1 (1<sup>re</sup> inst.); *European Central Railway Company, In re. Ex parte Oriental Financial Corporation* (1876), 4 Ch. D. 33 (C.A.); *Cockshutt Plow Co., Ltd. v. Kornysyn*, [1931] 3 W.W.R. 171 (B.R. Sask.); *McElroy v. Cowper-Smith and Woodman*, [1967] R.C.S. 425; (1967), 62 D.L.R. (2d) 65; 60 W.W.R. 85; *Thorne v. Ball* (1920), 50 D.L.R. 85; *Price v. Moulton* (1851), 10 C.B. 561; 138 E.R. 222; *The Skyptron*, 621 F.Supp. 171 (D.C. La. 1985); *Ssangyong Australia Pty Ltd. et al. c. Navire Looiersgracht et al.* (1994), 85 F.T.R. 265 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Sommers and Gray et al. v. The Queen*, [1959] R.C.S. 678; (1959), 124 C.C.C. 241; 31 C.R. 36; *Evpo Agnic, The*, [1988] 2 Lloyd's Rep. 411 (C.A.); *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; (1990), 74 D.L.R. (4th) 449; 45 Admin. L.R. 161; 114 N.R. 81; 3 T.C.T. 5303; 4 T.T.R. 267; *Mount Royal/Walsh Inc. c. Jensen Star (Le)*, [1990] 1 C.F. 199; (1989), 99 N.R. 42 (C.A.).

## REFERRED TO:

*Comeau's Sea Foods Ltd. v. The Frank and Troy*, [1971] F.C. 556 (T.D.); *Llido v. The Lowell Thomas Explorer*, [1980] 1 F.C. 339 (T.D.); *Holt Cargo Systems Inc. v. Brussel (The)*, [2000] F.C.J. No. 197 (T.D.) (QL); *Bank of Scotland v. Nel (The)* (1997), 140 F.T.R. 271 (F.C.T.D.); *Governor and Company of the Bank of Scotland v. Nel (The)*, [1999] 2 F.C. 417; (1998), 161 F.T.R. 267 (T.D.); *Underwriter, The* (1868), 1 Asp. Mar. Law Cas. 127 (Adm. Ct.); *Sophie, In re The* (1842), 1 W. Rob. 368; 166 E.R. 610; *Riga, The* (1872), L.R. 3 A. & E. 516; *Banco Do Brasil S.A. v. Alexandros G. Tsavlis (The)* (1993), 68 F.T.R. 284 (F.C.T.D.); *Wilsons, In re The* (1841), 1 W. Rob. 172; 166 E.R. 537; *Frost Ltd. v. Ralph* (1980), 40 Nfld. & P.E.I.R. 207 (T.D.); *Federal Business Development Bank v. Ralph* (1988), 71 Nfld. & P.E.I.R. 231 (C.A.); *Dunne v. Canada* (1995), 93 F.T.R. 115 (F.C.T.D.); *Creighton v. Franko* (1998), 151 F.T.R. 21 (F.C.T.D.); *Greathead v. Bromley* (1798), 7 T.R. 455; 101 E.R. 1073 (K.B.); *Brunsdn v. Humphrey* (1884), 14 Q.B.D. 141 (C.A.); *King v. Hoare* (1844), 13 M. & W. 494; 153 E.R. 206; *Alaskan Harvester, The*, [1990] A.M.C. 853 (D.C. Sea.); *The Strandhill v. Walter W. Hodder Co.*, [1926] S.C.R. 680; [1926] 4 D.L.R. 801; *Marlex Petroleum, Inc. v. The Ship Har Rai*, [1984] 2 F.C. 345; (1984), 4 D.L.R. (4th) 739; 53 N.R. 1 (C.A.); affd [1987] 1 S.C.R. 57; (1987), 72 N.R. 75; *Fraser Shipyard and Industrial Centre Ltd. v. Expedient Maritime Co.* (1999), 170 F.T.R. 57 (F.C.T.D.); *Leoborg (No. 2), The*, [1964] 1 Lloyd's Rep. 380 (Adm. Div.); *Beldis, The*, [1936] P. 51 (C.A.); *Julindur, In re The* (1853), 1 Sp. Ecc. & Ad. 71; 164 E.R. 42; *Acrux, The*, [1965] P. 391; *John G. Steven, The*, 170 U.S. 113 (1898); 2747-3174 *Québec Inc. v. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 S.C.R. 919; (1996), 140 D.L.R. (4th) 577; 42 Admin. L.R. (2d) 1; 205 N.R. 1.

## AUTHORS CITED

Bower, George Spencer and Sir Alexander Turner. *The Doctrine of Res Judicata*, 2nd ed. London: Butterworths, 1969.

Dunlop, C. R. B. *Creditor-Debtor Law in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1995.

Gilmore, Grant and Charles L. Black. *The Law of Admiralty*, 2nd ed. New York: Foundation Press, 1975.

*Halbury's Laws of England*, vol 16, 4th ed. London: Butterworths, 1979.

Jackson, David C. *Enforcement of Maritime Claims*, 2nd ed. New York: LLP Inc., 1996.

Parks, Alex Leon and Edward V. Cattell. *The Law of Tug, Tow, and Pilotage*, 3rd ed. Centreville, Md.: Cornell Maritime Press, 1994.

## DÉCISIONS MENTIONNÉES:

*Comeau's Sea Foods Ltd. c. Le Frank and Troy*, [1971] C.F. 556 (1<sup>re</sup> inst.); *Llido c. Le Lowell Thomas Explorer*, [1980] 1 C.F. 339 (1<sup>re</sup> inst.); *Holt Cargo Systems Inc. c. Brussel (Le)*, [2000] A.C.F. n° 197 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Bank of Scotland c. Nel (Le)* (1997), 140 F.T.R. 271 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Governor and Company of the Bank of Scotland c. Nel (Le)*, [1999] 2 C.F. 417; (1998), 161 F.T.R. 267 (1<sup>re</sup> inst.); *Underwriter, The* (1868), 1 Asp. Mar. Law Cas. 127 (Adm. Ct.); *Sophie, In re The* (1842), 1 W. Rob. 368; 166 E.R. 610; *Riga, The* (1872), L.R. 3 A. & E. 516; *Banco Do Brasil S.A. c. Alexandros G. Tsavlis (Le)* (1993), 68 F.T.R. 284 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Wilsons, In re The* (1841), 1 W. Rob. 172; 166 E.R. 537; *Frost Ltd. v. Ralph* (1980), 40 Nfld. & P.E.I.R. 207 (1<sup>re</sup> inst.); *Federal Business Development Bank v. Ralph* (1988), 71 Nfld. & P.E.I.R. 231 (C.A.); *Dunne c. Canada* (1995), 93 F.T.R. 115 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Creighton c. Franko* (1998), 151 F.T.R. 21 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Greathead v. Bromley* (1798), 7 T.R. 455; 101 E.R. 1073 (K.B.); *Brunsdn v. Humphrey* (1884), 14 Q.B.D. 141 (C.A.); *King v. Hoare* (1844), 13 M. & W. 494; 153 E.R. 206; *Alaskan Harvester, The*, [1990] A.M.C. 853 (D.C. Sea.); *The Strandhill v. Walter W. Hodder Co.*, [1926] R.C.S. 680; [1926] 4 D.L.R. 801; *Marlex Petroleum, Inc. c. Le navire Har Rai*, [1984] 2 C.F. 345; (1984), 4 D.L.R. (4th) 739; 53 N.R. 1 (C.A.); conf. par [1987] 1 R.C.S. 57; (1987), 72 N.R. 75; *Fraser Shipyard and Industrial Centre Ltd. c. Expedient Maritime Co.* (1999), 170 F.T.R. 57 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Leoborg (No. 2), The*, [1964] 1 Lloyd's Rep. 380 (Adm. Div.); *Beldis, The*, [1936] P. 51 (C.A.); *Julindur, In re The* (1853), 1 Sp. Ecc. & Ad. 71; 164 E.R. 42; *Acrux, The*, [1965] P. 391; *John G. Steven, The*, 170 U.S. 113 (1898); 2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919; (1996), 140 D.L.R. (4th) 577; 42 Admin. L.R. (2d) 1; 205 N.R. 1.

## DOCTRINE

Bower, George Spencer et Sir Alexander Turner. *The Doctrine of Res Judicata*, 2nd ed. London: Butterworths, 1969.

Dunlop, C. R. B. *Creditor-Debtor Law in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1995.

Gilmore, Grant and Charles L. Black. *The Law of Admiralty*, 2nd ed. New York: Foundation Press, 1975.

*Halbury's Laws of England*, vol 16, 4th ed. London: Butterworths, 1979.

Jackson, David C. *Enforcement of Maritime Claims*, 2nd ed., New York: LLP Inc., 1996.

Parks, Alex Leon and Edward V. Cattell. *The Law of Tug, Tow, and Pilotage*, 3rd ed. Centreville, Md.: Cornell Maritime Press, 1994.

Price, Griffith. *The Law of Maritime Liens*. London: Sweet & Maxwell, 1940.

Tetley, William. *Maritime Liens and Claims*, 2nd ed. Montréal: International Shipping Publications, 1998.

MOTION to determine priorities following the court ordered sale of the Cypriot vessel *Nel*, which had been arrested by the plaintiff for default under a mortgage. The usual order of priorities applied so that the plaintiff's mortgage should be ranked after maritime liens but ahead of statutory rights *in rem*.

APPEARANCES:

*Peter G. Bernard* for plaintiff.  
*Louis Buteau* for claimant Alpha Bunkering Co. Ltd.  
*Jonathan S. McLean* for claimant Aktina S.A.

*David F. McEwen* for claimant Ashland Chemical Co.

SOLICITORS OF RECORD:

*Campney & Murphy*, Vancouver, for plaintiff.

*Sproule, Castonguay, Pollack*, Montréal, for claimant Alpha Bunkering Co. Ltd.  
*Edwards, Kenny, Bray*, Vancouver, for claimant Aktina S.A.  
*McEwen, Schmitt & Co.*, Vancouver, for claimant Ashland Chemical Co.

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

[1] HARGRAVE P.: In November of 1997 the 25,599 gross ton Cypriot bulk and container carrier *Nel* was arrested at Vancouver by the plaintiff, The Governor and Company of the Bank of Scotland (the Bank of Scotland), as mortgagee, for the Bank of Scotland's mortgage was in default. Indeed the owner of the *Nel* had abandoned her, closed its office, removed the office furniture and disappeared. As so often happens subsequent arrest, caveat and claim then rained down upon hapless *Nel*. The unfortunate situation was compounded by the fact that the *Nel* had had aboard, for some time, a cargo of bulk sulfur loaded at

Price, Griffith. *The Law of Maritime Liens*. London: Sweet & Maxwell, 1940.

Tetley, William. *Maritime Liens and Claims*, 2nd ed. Montréal: International Shipping Publications, 1998.

REQUÊTE visant à permettre de déterminer l'ordre de priorité à la suite de la vente judiciaire du navire chypriote *Nel*, qui avait été saisi par la demanderesse parce que l'hypothèque n'avait pas été payée. L'ordre de priorité habituel s'appliquait de sorte que l'hypothèque de la demanderesse devait prendre rang après les privilèges maritimes, mais avant les droits réels prévus par la loi.

ONT COMPARU:

*Peter G. Bernard* pour la demanderesse.  
*Louis Buteau* pour Alpha Bunkering Co. Ltd., partie réclamante.  
*Jonathan S. McLean* pour Aktina S.A., partie réclamante.  
*David F. McEwen* pour Ashland Chemical Co., partie réclamante.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Campney & Murphy*, Vancouver, pour la demanderesse.  
*Sproule, Castonguay, Pollack*, Montréal, pour Alpha Bunkering Co. Ltd., partie réclamante.  
*Edwards, Kenny, Bray*, Vancouver, pour Aktina S.A., partie réclamante.  
*McEwen, Schmitt & Co.*, Vancouver, pour Ashland Chemical Co., partie réclamante.

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

[1] LE PROTONOTAIRE HARGRAVE: Au mois de novembre 1997, le vraquier et porte-conteneurs chypriote de 25 599 tonnes brutes *Nel* a été saisi à Vancouver par The Governor and Company of the Bank of Scotland (la Bank of Scotland), demanderesse, en sa qualité de créancière hypothécaire, parce que l'hypothèque dont la Bank of Scotland était titulaire n'avait pas été payée. En fait, le propriétaire du *Nel* avait abandonné le navire, avait fermé son bureau, avait enlevé le mobilier et avait disparu. Comme cela arrive si souvent après une saisie, caveat et réclamations se sont abattus sur le pauvre *Nel*. À cette malen-



Vancouver: visions of further delay and potentially massive electro-chemical corrosion damage in the manner of the *Cambridgeshire*, were very real possibilities. Moreover, removal of the sulfur at Vancouver was not realistic.

[2] On the brighter side, the plaintiff was, in fairly short order, able to find a buyer for the *Nel* who was prepared to deliver the cargo. Therefore, the Court ordered the sale of the vessel, *pendente lite*, at \$5,000,000 apportioned \$4,910,450 and \$89,550 for the ship and for the bunkers aboard the ship, respectively. All figures in these reasons are in American dollars, unless otherwise specified.

[3] The present reasons arise out of a hearing to determine priorities. While there are various essential facts impinging on the priorities, I will deal with pertinent facts where called for in the reasons. I will first turn to some basic applicable law as to priorities.

#### SOME USUAL PRIORITIES

[4] The priorities given to maritime claims in Canada are set out in a number of cases including *Comeau's Sea Foods Ltd. v. The Frank and Troy*, [1971] F.C. 556 (T.D.); *Todd Shipyards Corp. v. Altema Compania Maritima S.A.*, [1974] S.C.R. 1248 [hereinafter referred to as *The Ioannis Daskalelis*]; *Osborn Refrigeration Sales and Service Inc. v. The Atlantean I*, [1979] 2 F.C. 661 (T.D.); *Llido v. The Lowell Thomas Explorer*, [1980] 1 F.C. 339 (T.D.); *Scott Steel Ltd. v. Alarissa (The)*, [1996] 2 F.C. 883 (T.D.); upheld on appeal (1997), 125 F.T.R. 284; *Fraser Shipyard and Industrial Centre Ltd. v. Atlantis Two (The)* (1999), 170 F.T.R. 1 (F.C.T.D.); and *Holt Cargo Systems Inc. v. Brussel (The)*, [2000] F.C.J. No. 197 (T.D.) (QL). These cases, taken together, principles from which I have applied, deal extensively with most of the priorities issues which one might encounter.

contreuse situation venait s'ajouter le fait que le *Nel* avait à son bord depuis un certain temps du soufre en vrac qui avait été chargé à Vancouver: il était fort possible que la situation occasionne un retard additionnel et crée une corrosion massive électro-chimique comme cela s'était produit dans le cas du *Cambridgeshire*. En outre, il n'était pas réaliste de décharger le soufre à Vancouver.

[2] Heureusement, la demanderesse a pu à bref délai trouver un acquéreur qui était prêt à acheter le *Nel* et à livrer la cargaison. La Cour a donc ordonné que le navire soit vendu, pendant le procès, pour la somme de 5 000 000 \$, des montants de 4 910 450 \$ et 89 550 \$ étant respectivement attribués au navire et aux soutes. Il est à noter que tous les montants mentionnés dans ces motifs sont exprimés en dollars américains sauf indication contraire.

[3] Les présents motifs découlent d'une audience visant à déterminer l'ordre de priorité des créanciers. Divers faits essentiels influent sur l'ordre de priorité, mais j'examinerai les faits pertinents au fur et à mesure qu'il sera opportun de le faire dans ces motifs. J'examinerai d'abord certains principes juridiques de base qui s'appliquent à l'ordre de priorité.

#### ORDRE DE PRIORITÉ HABITUEL

[4] La question de l'ordre de priorité des créances maritimes au Canada a été examinée dans un certain nombre d'arrêts, notamment *Comeau's Sea Foods Ltd. c. Le Frank and Troy*, [1971] C.F. 556 (1<sup>re</sup> inst.); *Todd Shipyards Corp. c. Altema Campania Maritima S.A.*, [1974] R.C.S. 1248 [ci-après appelé l'*Ioannis Daskalelis*]; *Osborn Refrigeration Sales and Service Inc. c. L'Atlantean I*, [1979] 2 C.F. 661 (1<sup>re</sup> inst.); *Llido c. Le Lowell Thomas Explorer*, [1980] 1 C.F. 339 (1<sup>re</sup> inst.); *Scott Steel Ltd. c. Alarissa (L')*, [1996] 2 C.F. 883 (1<sup>re</sup> inst.); confirmé en appel (1997), 125 F.T.R. 284; *Fraser Shipyard and Industrial Centre Ltd. c. Atlantis Two (L')* (1999), 170 F.T.R. 1 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Holt Cargo Systems Inc. c. Brussel (Le)*, [2000] A.C.F. n° 197 (1<sup>re</sup> inst.) (QL). Tous ces arrêts dans leur ensemble, et j'ai appliqué les principes qui y étaient énoncés, traitent longuement de la plupart des questions d'ordre de priorité qui sont susceptibles de se poser.

[5] Returning to the basic ranking of *in rem* claims in Canada, it is as follows:

1. Disbursements of the admiralty marshal or sheriff;
2. The costs of the sale, including those of the plaintiff in an action arising out of arrest, appraisal and sale, or in the alternative, the claim of a party, other than the plaintiff, who has been instrumental in bringing the ship to sale;
3. Possessory liens predating other liens;
4. Maritime liens;
5. Possessory liens arising after maritime liens;
6. Mortgages;
7. Statutory rights *in rem*, including for the supply of necessities, which rank *pari passu* among themselves.

[6] In the present instance there are lien claimants who rely upon American maritime liens. There are sufficient funds to satisfy all of those who in fact hold American maritime liens and thus I do not have to rank those claimants.

[7] The position of American maritime lien holders is set out in *The Ioannis Daskalelis*, *supra*, substantially commented upon in *The Atlantis Two*, *supra*, at pages 13 through 15. In the present instance it suffices to say that the Supreme Court, in *The Ioannis Daskalelis*, established that the holder of a substantive American maritime lien is able to bring the lien into Canada and then use our procedural legislation, found in the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] and Rules, [*Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106] to enforce that lien. Effectively the right is American and the remedy Canadian. The result is that an American necessities supplier, granted a maritime lien under section 971 of the United States Code, now section 31342, unlike the Canadian necessities supplier, takes priority along with other maritime lien holders ahead of a mortgagee.

[5] Le classement de base des créances réelles au Canada est le suivant:

1. Les débours du prévôt d'amirauté ou du shérif.
2. Les frais de vente, y compris les frais du demandeur dans une action relative à la saisie, à l'évaluation et à la vente, ou subsidiairement, la créance d'une partie autre que le demandeur qui a contribué à la mise en vente du navire.
3. Les privilèges possessoires antérieurs aux autres privilèges.
4. Les privilèges maritimes.
5. Les privilèges possessoires postérieurs aux privilèges maritimes.
6. Les hypothèques.
7. Les droits réels prévus par la loi, y compris les droits se rapportant à la fourniture d'approvisionnements nécessaires, qui occupent le même rang entre eux.

[6] En l'espèce, certains créanciers privilégiés se fondent sur l'existence de privilèges maritimes américains. Les fonds sont suffisants pour désintéresser tous les créanciers qui détiennent de fait un privilège maritime américain; je n'ai donc pas à attribuer un rang à ces créanciers.

[7] Le rang qu'occupent les titulaires de privilèges maritimes américains est établi dans l'arrêt *Ioannis Daskalelis*, précité, qui a fait l'objet de longs commentaires dans l'arrêt *Atlantis Two*, précité, aux pages 13 à 15. En l'espèce, il suffit de dire que dans l'arrêt *Ioannis Daskalelis*, la Cour suprême a établi que le titulaire d'un privilège maritime américain quant au fond peut invoquer le privilège au Canada et se prévaloir ensuite de notre législation procédurale, énoncée dans la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7] et dans les Règles, [*Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106] pour l'exercer. Il s'agit en fait d'un droit américain, mais d'un recours canadien. Par conséquent, le fournisseur américain d'approvisionnements nécessaires qui se voit attribuer un privilège maritime en vertu de l'article 971 du Code américain, maintenant article 31342, contrairement au fournisseur canadien d'approvisionnements

[8] Several of the claimants submit that the usual order of priorities, giving a mortgagee priority over the mere right *in rem* held by some of the necessities claimants, ought not to apply. I will consider the law on this point in the context of the Bank of Scotland's claim. I now turn to the claims against the sale proceeds.

### CLAIMS

[9] I should begin by noting concessions made by the Bank of Scotland, involving settlement of claims which, in effect, come out of the residual funds which would go to the Bank of Scotland after resolving all of the lien claims which take priority. The claims of HBI International were compromised at \$19,000, together with costs of \$2,750, the latter figure in Canadian dollars. The second claim settled at an early stage was that of the Pacific Pilotage Authority, in the amount of C\$1,632.60. The Pacific Pilotage settlement involved not a recognition of a priority by way of a maritime lien, but merely a voluntary grant of priority over the bank's mortgage. The third claim settled before the determination of priorities was that of Canpotex Shipping Services Ltd. (Canpotex), for costs in the amount of C\$3,000. Canpotex has also already recovered \$89,550, being proceeds of the sale of bunkers aboard the *Nel*.

[10] I have already noted that claims, unless otherwise specified, are in American dollars. However, there is the issue of exchange rates, which I will touch upon, as well as interest rates to be applied.

### Exchange Rates

[11] In the present instance a conversion or exchange rate problem does not, for the most part,

nécessaires, prend rang, avec les autres titulaires de privilèges maritimes, avant le créancier hypothécaire.

[8] Plusieurs créanciers soutiennent qu'il ne faudrait pas appliquer l'ordre de priorité habituel, selon lequel le créancier hypothécaire vient avant certains créanciers qui ont fourni des approvisionnements nécessaires et qui sont titulaires d'un simple droit réel. J'examinerai le droit sur ce point en traitant de la réclamation de la Bank of Scotland. Je parlerai maintenant des réclamations qui sont faites à l'égard du produit de la vente.

### LES RÉCLAMATIONS

[9] Il convient tout d'abord de noter les concessions que la Bank of Scotland a faites, en ce qui concerne le règlement de réclamations qui en fait sont payées à même le reliquat qui serait remis à la banque une fois payées toutes les créances privilégiées qui ont priorité. Les réclamations de HBI International ont fait l'objet d'un compromis et ont été établies à 19 000 \$, avec des frais de 2 750 \$, ce dernier montant étant exprimé en dollars canadiens. La deuxième réclamation qui a fait l'objet d'un règlement au tout début de l'instance était celle de l'Administration du pilotage du Pacifique, d'un montant de 1 632,60 \$CAN. Le règlement concernant l'Administration de pilotage du Pacifique ne découlait pas de la reconnaissance d'un rang prioritaire fondé sur un privilège maritime, mais simplement de l'attribution volontaire d'un rang supérieur à celui qu'occupait l'hypothèque de la banque. La troisième réclamation qui a fait l'objet d'un règlement avant que l'ordre de priorité soit déterminé était celle de Canpotex Shipping Services Ltd. (Canpotex), à l'égard de frais s'élevant à 3 000 \$CAN. Canpotex a également déjà recouvré 89 550 \$, représentant le produit de la vente des soutes que renfermait le *Nel*.

[10] J'ai déjà fait remarquer que, sauf indication contraire, le montant des créances est exprimé en dollars américains. Toutefois, il y a la question du taux de change, que je vais aborder, ainsi que des taux d'intérêt à appliquer.

### Les taux de change

[11] En l'espèce, le problème de la conversion ou du taux de change ne se pose en général pas car le prix

arise, for the sale price of the *Nel* has been held in American dollars. Thus the conversion rates apply only to those claims, which are in the minority, which are not in American dollars.

[12] For those claimants who have rendered accounts in Canadian dollars, or in currencies other than American dollars, I have exercised my discretion as to exchange rates. Rather than look to a judgment date, to a breach date, to a ship sale date, or to the present date, I have decided to use the figure which appear in the 14 January 1998 affidavit of Georgia Stavridis, being the 13 January 1998 currency spot and forward rates prepared by the Bank of Montréal, Treasury Group.

#### Interest on Claims

[13] Various interest calculations applied with the claims. In the case of pre-judgment interest I have drawn guidelines which are summarized in *The Brussel, supra*:

1. Where a contract specifies a rate, that will be applied to the date of the sale of the *Nel*;
2. Where there is no agreed rate applicable to a Canadian cause of action, provincial pre-judgment interest rates may be effected;
3. Where there is no agreed contractual rate applicable to an off-shore claim, the federal *Interest Act* [R.S.C., 1985, c. I-15] may be relevant; and
4. None of these general principles detract from the Federal Court's admiralty jurisdiction discretion to award pre and post-judgment interest at a rate which the Court views as appropriate given the circumstances of the claim and the positions of the claimants.

[14] I shall apply these guidelines in the present instance, utilizing the Court's discretion, being the fourth principle set out above, as follows:

1. Where the rate is set by contract, that rate shall govern from the date of the inception of the claim to

de vente du *Nel* était exprimé en dollars américains. Par conséquent, les taux de conversion s'appliquent uniquement aux créances qui ne sont pas exprimées en dollars américains, c'est-à-dire à la minorité des créances.

[12] En ce qui concerne les créanciers qui ont présenté des comptes en dollars canadiens ou autrement qu'en dollars américains, j'ai exercé mon pouvoir discrétionnaire à l'égard des taux de change. Au lieu de tenir compte de la date d'un jugement, d'une violation, de la vente d'un navire ou encore de la date actuelle, j'ai décidé d'employer le taux mentionné dans l'affidavit du 14 janvier 1998 de Georgia Stavridis, c'est-à-dire le cours du change au comptant du 13 janvier 1998 et le cours à terme qui ont été établis par le groupe de la trésorerie de la Banque de Montréal.

#### Intérêts sur les créances

[13] Divers calculs s'appliquaient à l'égard des intérêts. Dans le cas des intérêts avant jugement, je me suis fondé sur les lignes directrices qui sont résumées dans l'arrêt *Brussel*, précité:

1. Lorsqu'un contrat précise un taux, ce taux s'applique jusqu'à la date de la vente du *Nel*;
2. Lorsqu'il n'existe aucun taux convenu applicable à une cause d'action canadienne, les taux d'intérêt provinciaux avant jugement peuvent être utilisés;
3. Lorsqu'il n'existe aucun taux contractuel convenu applicable à une créance étrangère, la *Loi sur l'intérêt* [L.R.C. (1985), ch. I-15] fédérale peut être pertinente;
4. Aucun de ces principes généraux ne porte atteinte au pouvoir discrétionnaire que possède la Cour fédérale, en droit maritime, d'accorder des intérêts avant et après jugement à un taux que la Cour estime approprié eu égard aux circonstances relatives à la réclamation et aux rangs des créanciers.

[14] J'appliquerai comme suit ces lignes directrices à la présente instance, en utilisant le pouvoir discrétionnaire de la Cour conformément au quatrième principe susmentionné:

1. Lorsque le taux est fixé par contrat, ce taux s'applique à compter de la date de la création de la

the date of the order for the sale of the *Nel*, 3 December 1997;

2. If there is no contractual rate, the rate, to the date of the sale of the *Nel*, shall be 7%; and

3. Post-judgment interest where there is no contractual rate shall be the average interest rate paid on the sale price fund of the *Nel*.

#### Payment of Crew Wages and Costs of Sale

[15] The Bank of Scotland, in addition to its claim secured by the mortgage on the *Nel*, claims for expenditures in connection with the sale of the *Nel*, principally crew wages and repatriation costs, pursuant to my order of 9 December 1997 [(1997), 140 F.T.R. 271 (F.C.T.D.)]. The claim is as follows:

1. Paid to Captain Kocherov as reimbursement for an amount paid to Tymac Launch Services Ltd. for water supplied to ship on November 11, 1997	\$1,400.00
2. Paid to CTL Westrans for evaluations relating to sale of the <i>Nel</i> (Cdn \$1,750.00)	\$1,190.00
3. Cost of Advertising (Cdn \$410.78)	\$279.33
4. Wages paid to Crew	\$54,074.02
5. Repatriation costs of those crew members who left the <i>Nel</i> at the time of sale	\$14,123.74
<b>TOTAL</b>	<b>\$71,067.09</b>

[16] In the present instance, there being no admiralty marshall's expense as such, the costs of the sale, \$71,067.09, paid by the Bank of Scotland, take a first priority.

[17] In reaching this conclusion I have considered payment of wages, master's disbursements and repatriation costs, in much the same way as in *The Atlantis Two*, *supra*, at page 16 and following. Similarly, wage claims and repatriation costs may be paid by someone else and still, where there is an assignment or a Court

créance jusqu'à la date de l'ordonnance prévoyant la vente du *Nel*, soit le 3 décembre 1997;

2. S'il n'existe aucun taux contractuel, le taux, jusqu'à la date de la vente du *Nel*, sera de 7 p. 100;

3. Les intérêts après jugement, lorsqu'il n'existe aucun taux contractuel, correspondront au taux d'intérêt moyen payé sur le fonds créé par suite de la vente du *Nel*.

#### Paiement des salaires de l'équipage et des frais de vente

[15] En plus de la créance garantie par l'hypothèque qu'elle détient sur le *Nel*, la Bank of Scotland réclame les dépenses liées à la vente du *Nel*, lesquelles se rapportent principalement aux salaires de l'équipage et aux frais de rapatriement, conformément à l'ordonnance que j'ai rendue le 9 décembre 1997 [(1997), 140 F.T.R. 271 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)]. Les montants réclamés sont les suivants:

1. Montant versé au capitaine Kocherov aux fins du remboursement du montant versé à Tymac Launch Services Ltd. pour l'eau fournie au navire le 11 novembre 1997	1 400,00 \$
2. Montant versé à CTL Westrans pour les évaluations liées à la vente du <i>Nel</i> (1 750 \$CAN)	1 190,00 \$
3. Frais de publicité (410,78 \$CAN)	279,33 \$
4. Salaires versés à l'équipage	54 074,02 \$
5. Frais de rapatriement des membres d'équipage qui ont quitté le <i>Nel</i> au moment de la vente	14 123,74 \$
<b>TOTAL</b>	<b>71 067,09 \$</b>

[16] En l'espèce, étant donné qu'il n'y a pas de frais de prévôt d'amirauté en tant que tels, les frais de vente, de 71 067,09 \$ payés par la Bank of Scotland occupent le premier rang.

[17] En arrivant à cette conclusion, j'ai tenu compte du paiement des salaires, des débours du capitaine et des frais de rapatriement à peu près de la même façon que dans l'arrêt *Atlantis Two*, précité, aux pages 16 et suivantes. De même, les créances relatives aux salaires et aux frais de rapatriement peuvent être payées par

order, retain their priorities in the hands of that other person: see for example William Tetley in *Maritime Liens and Claims*, 2nd ed., Montréal: International Shipping Publications, 1988, at pages 1230 and 1231 and *The Atlantis Two*, *supra*, at page 18. Indeed, in the present instance, there was an assignment of each wage claim to make it clear that the Bank of Scotland was in a position to step into the priorities which the crew members, including the master, held for wages, repatriation expenses and for master's disbursements.

[18] This claim for sale related costs is proper, was never seriously contested and stands, as I say, as a first charge. I now turn to the claim of the Bank of Scotland as mortgagee.

#### The Mortgagee

[19] It is appropriate, in this instance, to deal initially with the claim of the mortgagee, the Bank of Scotland, for were that claim to fail, in whole or in part, there could be funds from the sale price available to necessary suppliers who hold not maritime liens, but mere rights *in rem*, which come behind the valid claim of a mortgagee.

#### (a) Form of Mortgage

[20] I will touch upon further pertinent terms of the Bank's security against the *Nel* and the other vessels providing security under the Bank of Scotland's fleet mortgage where appropriate. Here I will, however, observe that the mortgage is in account current form, a document which can form all encompassing security. In the view of the Bank of Scotland, the mortgage secures the initial loan, the running account kept between the Bank of Scotland and the owner of the fleet which included the *Nel*, and interest. As to the running account, the account current mortgage of the *Nel*, on its face, covers a broad range of amounts owing, including advances made to or on behalf of the owner, by the Bank of Scotland, from time to time. The second paragraph of the Bank of Scotland's

quelqu'un d'autre tout en conservant leur rang prioritaire entre les mains de cette personne lorsqu'une cession a été effectuée ou qu'une ordonnance judiciaire a été rendue: voir par exemple *Maritime Liens and Claims*, de William Tetley 2<sup>e</sup> éd., Montréal: International Shipping Publications, 1998, aux pages 1230 et 1231, et *Atlantis Two*, précité, à la page 18. De fait, en l'espèce, chaque créance relative au salaire a été cédée de façon qu'il soit clair que la Bank of Scotland puisse occuper le rang que les membres d'équipage, y compris le capitaine, occupaient à l'égard des salaires, des frais de rapatriement et des débours du capitaine.

[18] La créance relative aux frais liés à la vente est valide; elle n'a jamais sérieusement été contestée et, comme je l'ai dit, il s'agit d'une première charge. J'examinerai maintenant la réclamation de la Bank of Scotland en sa qualité de créancière hypothécaire.

#### La créancière hypothécaire

[19] En l'espèce, il convient d'examiner d'abord la réclamation de la créancière hypothécaire, c'est-à-dire la Bank of Scotland. En effet, si cette réclamation était en totalité ou en partie rejetée, il se pourrait que certains fonds tirés de la vente soient mis à la disposition des fournisseurs d'approvisionnements nécessaires qui, au lieu de détenir des privilèges maritimes, détiennent de simples droits réels, qui viennent après la créance valide d'un créancier hypothécaire.

#### a) Forme de l'hypothèque

[20] J'examinerai le cas échéant d'autres conditions pertinentes de la garantie que la banque détient sur le *Nel* et sur les autres navires en vertu de l'hypothèque grevant la flotte. Toutefois, je ferai ici remarquer qu'il s'agit d'une hypothèque sous la forme d'un compte courant, soit un document qui peut servir de garantie générale. De l'avis de la Bank of Scotland, l'hypothèque garantit le prêt initial, le compte courant existant entre la Bank of Scotland et le propriétaire de la flotte dont faisait partie le *Nel* ainsi que les intérêts. L'hypothèque relative au compte courant dont le *Nel* est grevé s'applique à première vue à une vaste gamme de créances, y compris les avances que la Bank of Scotland a consenties au fil du temps au propriétaire ou pour le compte du propriétaire. Selon le deuxième

mortgage sets out that it secures payment of:

. . . all sums for the time being owing to the Mortgagee on the account current, including all sums due or to become due to the Mortgagee under and by virtue of the Loan Agreement and Deed of Covenants whether by way of principle, interest or otherwise and all costs, charges, expenses and other monies connected with or incurred for the purpose of creating, preserving, maintaining, protecting, enforcing or attempting to enforce this security . . .

[21] This broad view of the scope of security provided by an account current mortgage is not only in keeping with the practice of marine solicitors and within the intent of the parties, viewing the transactions between the Bank of Scotland and the owners of the mortgaged fleet as a whole, but it also corresponds with the view of the Nova Scotia Court of Appeal in *Cleveland v. Boak et al.* (1906), 39 N.S.R. 39, two pertinent passages from which are as follows [at pages 43-45]:

The plaintiff's contention is that by the terms of the recital the mortgage was given as security for "money advanced and to be advanced for purposes connected with shipping and trade," and was not for, and does not cover supplies for defendant, or obtained by defendant from other merchants, and supplied to him. However inapt the language used in the mortgage may have been, it is selfevident, viewing the whole transaction between the parties, that the real intention of the plaintiff was to give the defendant security on his vessel for his current account, including moneys and supplies of every kind.

. . .

It cannot be contended the "account current" meant money advanced only. As used it clearly meant money used in advances, and such articles as were, and had been charged in accounts current from year to year, all of which was to be settled up and ascertained on 31st December in each year. The nature and course of dealings between the parties must be taken into consideration in interpreting such an instrument as this.

[22] Taking into account the general nature of an account current mortgage, together with the specific

paragraphe de l'acte hypothécaire, l'hypothèque garantit le paiement de:

[TRADUCTION] [. . .] toutes les sommes qui à l'heure actuelle sont dues au créancier hypothécaire sur le compte courant, y compris toutes les sommes qui sont dues au créancier hypothécaire en vertu du contrat de prêt et de l'acte d'engagement ou qui deviendront dues, au titre du principal et des intérêts ou à quelque autre titre, ainsi que les frais, charges, dépenses et autres sommes liées à la création, à la préservation, au maintien, à la protection, à la réalisation ou à une tentative de réalisation de la présente garantie [. . .]

[21] Cette conception large de l'étendue de la garantie fournie par une hypothèque relative à un compte courant est non seulement conforme à la pratique des avocats spécialisés en droit maritime et à l'intention des parties, les opérations conclues entre la Bank of Scotland et les propriétaires de la flotte grevée d'une hypothèque étant considérées dans leur ensemble, mais elle correspond aussi à l'avis exprimé par la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse dans l'arrêt *Cleveland v. Boak et al.* (1906), 39 N.S.R. 39, dont deux passages pertinents sont ci-après cités [aux pages 43 à 45]:

[TRADUCTION] La partie demanderesse soutient que, selon le libellé des attendus, l'hypothèque visait à garantir «les sommes avancées et devant être avancées à des fins liées à la navigation et au commerce» et qu'elle n'était pas destinée à s'appliquer aux approvisionnements fournis par la partie défenderesse, et ne s'applique pas à pareils approvisionnements, ou aux approvisionnements fournis à la partie demanderesse que la partie défenderesse a obtenus d'autres commerçants. Même si l'acte hypothécaire est peut-être mal rédigé, il est évident, compte tenu de l'opération conclue entre les parties dans son ensemble, que la demanderesse avait en fait l'intention d'accorder à la partie défenderesse une garantie sur son navire à l'égard du compte courant, ce qui comprenait les sommes consenties et les approvisionnements fournis, quels qu'ils soient.

[. . .]

On ne saurait soutenir que l'expression «compte courant» s'entendait uniquement des sommes avancées. Telle qu'elle était employée, cette expression se rapportait clairement aux sommes consenties à titre d'avances ainsi qu'aux articles qui chaque année étaient et avaient été imputés aux comptes courants, qui devaient tous être réglés le 31 décembre de chaque année. En interprétant un instrument comme celui-ci, il faut tenir compte de la nature et de la suite des opérations conclues entre les parties.

[22] Compte tenu de la nature générale d'une hypothèque se rapportant à un compte courant ainsi

circumstances in this instance, I have concluded that proper portions of the loan account, the running account, including the distress payments made to keep the vessels in the fleet operating and interest are secured by the account current fleet mortgage over the various vessels, including the *Nel*. There were suggestions, and I would not give those propositions any higher standing, that the mortgage security was, in itself, invalid or improperly registered. All of the factors and circumstances considered, there are no real reasons to doubt the validity and effectiveness of the mortgage security. I now turn to the sums said to be secured, a more involved aspect.

(b) The Claim of the Bank of Scotland

[23] The 30 January 1998 default judgment of the Bank of Scotland, in this action, based on principle and interest on its loan, was in an amount equivalent, on the date of the judgment, to \$12,047,788.08. The claim was subsequently presented, at the priority hearing, at \$14,124,420.50, less various amounts received from the sale of other vessels covered by the fleet mortgage. The claim is presented as follows:

1. Outstanding principle 20 July 1998	\$11,250,000.00
2. Loan account and distress payments also secured by the mortgage	\$1,764,747.00
3. Accrued interest to 4 January 1999	\$1,109,673.50
TOTAL	\$14,124,420.50

The position of the Bank of Scotland, which I have accepted after considering various opposing arguments, is that the mortgage security, in the form of an account current mortgage, reflects and secures all unrecovered amounts from time to time owing to the Bank. I will now deal with the pertinent arguments to the contrary.

que des faits de la présente espèce, j'ai conclu que les parties pertinentes du compte de prêts, le compte courant, y compris les paiements effectués par suite de la saisie afin de permettre que les navires de la flotte continuent à être exploités, ainsi que les intérêts sont garantis par l'hypothèque relative au compte courant grevant la flotte, y compris le *Nel*. Il a été soutenu, et je n'accorderais pas à ces arguments une plus grande importance, que la garantie hypothécaire était en soi invalide ou enregistrée d'une façon irrégulière. Compte tenu des facteurs applicables et des circonstances dans leur ensemble, il n'y a pas réellement lieu de douter de la validité et de l'efficacité de la garantie hypothécaire. Je traiterai maintenant des sommes qui seraient garanties, ce qui est une question plus complexe.

b) La réclamation de la Bank of Scotland

[23] Le jugement par défaut obtenu par la Bank of Scotland le 30 janvier 1998 dans la présente instance, compte tenu du principal et des intérêts sur le prêt, s'élevait à un montant correspondant, à la date du jugement, à 12 047 788,08 \$. Une réclamation d'un montant de 14 124 420,50 \$ a par la suite été présentée, lors de l'audience relative à l'ordre de priorité, déduction faite de divers montants tirés de la vente d'autres navires visés par l'hypothèque grevant la flotte. Les montants suivants étaient réclamés:

1. Principal impayé au 20 juillet 1998	11 250 000,00 \$
2. Compte de prêts et paiement effectués en raison de la saisie également garantis par l'hypothèque	1 764 747,00 \$
3. Intérêts courus au 4 janvier 1999	1 109 673,50 \$
TOTAL	14 124 420,50 \$

Selon la position prise par la Bank of Scotland, que j'ai retenue après avoir examiné divers arguments présentés à l'encontre, la garantie hypothécaire, sous la forme d'une hypothèque se rapportant au compte courant, indique et garantit tous les montants non recouverts qui sont le cas échéant dus à la banque. J'examinerai maintenant les arguments pertinents qui ont été soumis à l'encontre de cette position.



[24] One of the lien claimants submits that I ought not to accept the loan and distress payment account, which is part of exhibit B to the affidavit of Mr. Myles, Director of Project and Specialized Finance for the Bank of Scotland, as accurate. The distress payment account includes such things as payments of wages and for bunkers in order to keep the fleet operating, particularly during the fall of 1997. Counsel submits that I ought to disregard the account because Mr. Myles could not swear to the accuracy of that account. This submission is accurate, so far as it goes, but it is not a complete statement. What Mr. Myles said, on cross-examination, was that the figures had been “checked off against our accounts by at least one of my colleagues”. It would be unreasonable to expect a director of a bank department to personally check and calculate each and every client’s account, or even to calculate a fleet account involving litigation, such as the present. A person in the position of Mr. Myles must rely upon colleagues and employees to do such work properly. There is no suggestion of default or laxity on the part of colleagues and employees of the Bank of Scotland in calculating interest on the amounts set out in the statement. The Bank of Scotland has satisfied the appropriate standard of proof of this portion of the loan and distress payment account. There is, however, an adjustment to be made, which I will explain shortly.

[25] I should also comment upon the interest figure of \$1,109,673.50, challenged on the basis that the Bank of Scotland had not proven the calculation. The interest calculation was presented to me. Interest is calculated at various rates, consistent with the Bank of Scotland’s security, in two blocks, the second running from 6 April 1998 to 4 January 1999. In the calculation of this second block of interest, the Bank of Scotland has taken into account funds received, final and interim, on the sale of the *Angelina L.* by the court in Singapore. The interest calculation, overall, also takes into account proceeds received from the sale of the *Anna L.* and an interim advance to the

[24] L’un des créanciers privilégiés soutient que je ne devrais pas considérer comme exact le compte de prêts et le compte des paiements effectués en raison de la saisie faisant partie de la pièce «B» jointe à l’affidavit de M. Myles, directeur de projets et des finances spécialisées à la Bank of Scotland. Le compte des paiements effectués en raison de la saisie comprend le paiement des salaires et des soutes nécessaires aux fins de l’exploitation de la flotte, en particulier pendant l’automne 1997. L’avocat soutient que je ne devrais pas tenir compte de ce compte parce que M. Myles ne pouvait pas en attester l’exactitude sous serment. Cet argument est valable, mais il n’est pas complet. Pendant le contre-interrogatoire, M. Myles a dit qu’au moins l’un de ses collègues avait vérifié les chiffres par rapport aux comptes. Il serait déraisonnable de s’attendre à ce que le directeur d’un service bancaire vérifie et calcule personnellement le compte de chaque client, ou même à ce qu’il calcule le compte d’une flotte en cause dans un litige, comme c’est ici le cas. Une personne qui est dans la situation de M. Myles doit s’en remettre à ses collègues et aux employés pour l’accomplissement de cette tâche d’une façon efficace. On ne soutient pas qu’il y a eu manquement ou négligence de la part des collègues et employés de la Bank of Scotland lorsqu’il s’est agi de calculer les intérêts sur les montants mentionnés dans la déclaration. La Bank of Scotland a satisfait à la norme de la preuve applicable à l’égard de cette partie du compte de prêts et du compte des paiements effectués en raison de la saisie. Toutefois, il faut effectuer un rajustement, comme il en sera ci-dessous fait mention.

[25] J’aimerais également faire certaines remarques au sujet des intérêts de 1 109 673,50 \$ qui ont été contestés pour le motif que la Bank of Scotland n’avait pas étayé son calcul. Le calcul des intérêts m’a été soumis. Les intérêts sont calculés à divers taux, conformément à la garantie de la banque, en deux groupes, le second allant du 6 avril 1998 au 4 janvier 1999. Dans le calcul de ce second groupe d’intérêts, la banque a tenu compte des sommes reçues, qu’il s’agisse de paiements finaux ou provisoires, à la suite de la vente judiciaire de l’*Angelina L.*, à Singapour. Dans l’ensemble, il est également tenu compte dans le calcul des intérêts du produit de la

Bank of Scotland from sale proceeds of the *Nel*, funds which, *prima facie*, would not be needed to satisfy the claims of the lien claimants. I accept the interest calculation so far as it goes. However, while there should be an adjustment for funds indirectly received by way of the purchase and sale of the *Blue L.* on behalf of the Bank of Scotland, that calculation has no real bearing, for the Bank of Scotland faces a substantial shortfall in any event.

(c) Recovery by the Bank of Scotland

[26] The amounts received by the Bank of Scotland on its liquidation of the mortgaged fleet are now pertinent so that I might calculate a net amount owing to the Bank of Scotland at the time of the priority hearing. The amounts received, or possibly to be received, directly from the sales of the vessels, are as follows:

1. <i>Anna L.</i>	\$2,850,000
2. Advance on the <i>Nel</i>	\$2,835,681
3. <i>Angelina L.</i> initial and final proceeds	\$1,225,716
4. <i>Blue L.</i> : funds held in South Africa	\$3,300,000
TOTAL	\$10,211,397

By way of explanation of part of the uncertainty surrounding the *Blue L.* proceeds, the *Blue L.* was sold by court ordered sale in South Africa for \$3,300,000. As of the date of the priorities hearing no funds had been received from the *Blue L.* by the Bank of Scotland. Thus the \$10,211,397 direct realization figure is likely overly optimistic, but is the best figure that might be used. This in turn deserves a brief further comment.

[27] The Bank of Scotland pressed for an early resolution of priorities issues. While the claims in the priority proceedings were, by order, filed by 31 December 1997, additional affidavits of fact were to be delivered by 15 April 1998, subsequently extended

vente de l'*Anna L.* et d'une avance provisoire consentie à la banque sur le produit de la vente du *Nel*, des sommes qui à première vue ne seraient pas nécessaires aux fins du paiement des réclamations des créanciers privilégiés. Je souscris au calcul qui a été effectué. Toutefois, même s'il devait y avoir rajustement pour les sommes indirectement reçues au moyen de l'achat et de la vente du *Blue L.* pour le compte de la banque, ce calcul n'a pas réellement d'importance, car la banque fait de toute façon face à un déficit important.

c) Recouvrement par la Bank of Scotland

[26] Les montants reçus par la Bank of Scotland lors de la liquidation de la flotte grevée d'une hypothèque sont maintenant pertinents aux fins du calcul du montant net dû à la banque à la date de la présente audience. Les sommes reçues, ou peut-être à recevoir, directement de la vente des navires, sont les suivantes:

1. <i>Anna L.</i>	2 850 000 \$
2. Avance consentie sur le <i>Nel</i>	2 835 681 \$
3. <i>Angelina L.</i> , produit initial et produit final	1 225 716 \$
4. <i>Blue L.</i> : sommes détenues en Afrique du Sud	3 300,000 \$
TOTAL	10 211 397 \$

Pour expliquer en partie l'incertitude qui existe au sujet du produit du *Blue L.*, il faut dire que ce navire a fait l'objet d'une vente judiciaire en Afrique du Sud, le prix de vente s'élevant à 3 300 000 \$. À la date de la présente audience, la Bank of Scotland n'avait reçu aucune somme provenant de la vente du *Blue L.* Le montant directement réalisé de 10 211 397 \$ est donc probablement trop optimiste, mais il s'agit du meilleur chiffre qui puisse être utilisé. Il convient ici de faire une autre brève remarque.

[27] La Bank of Scotland a demandé que la question de l'ordre de priorité soit réglée à bref délai. Les réclamations en cause dans l'instance concernant l'ordre de priorité avaient, par ordonnance, été présentées au 31 décembre 1997, mais des affidavits addi-

to 28 April 1998, to accommodate various claimants, including the Bank of Scotland. Such claim deadlines are essential in leading up to a priorities hearing, for all of the claimants must have certain claims to deal with and a reasonable time within which to assess each others claims, to cross-examine on the claims where necessary, to obtain evidence of foreign law where applicable and to prepare for the hearing. This may work to the disadvantage of the holder of a fleet mortgage, where ships are being sold by courts in various jurisdictions, for it may cut off legitimate claim amounts. Here some legitimate amounts claimable by the Bank of Scotland were, in all likelihood, cut off when I rejected a supplemental affidavit as set out in an order and reasons of 30 December 1998 [[1999] 2 F.C. 417 (T.D.)]. However, the filing and modifying of claims must come to an end at some reasonable point before a priorities hearing.

[28] The net claim as calculated by the Bank of Scotland, based on direct recovery under its security, being the gross claim for principle, the loan and distress payment account and for interest, a total of \$14,124,420.50, less the maximum it says it might receive directly from the sale of the balance of the fleet, \$10,211,397, is thus \$3,913,023.50, together with the allowance of \$71,067.09 for crew wages and sale costs which the Bank of Scotland paid, a total of \$3,984,090.59

(d) Attacks on the Bank of Scotland Security

[29] The principal attacks on the Bank of Scotland's security were mounted by counsel for Alpha Bunkering Co. Ltd. (Alpha Bunkering) and Aktina S.A. (Aktina). The attacks are alternative arguments, in the

tionnels portant sur les faits devaient être déposés au plus tard le 15 avril 1998, délai qui a par la suite été prorogé au 28 avril 1998, de façon à accommoder divers créanciers, dont la Bank of Scotland. De tels délais sont essentiels au processus menant à l'audience relative à l'ordre de priorité, car tous les créanciers doivent s'occuper de certaines réclamations et disposer d'un délai raisonnable pour apprécier les réclamations des autres créanciers, pour procéder au besoin aux contre-interrogatoires, pour obtenir des preuves au sujet du droit étranger le cas échéant ainsi que pour se préparer à l'audience. Cela peut comporter des inconvénients pour le titulaire d'une hypothèque sur la flotte, lorsque des navires sont vendus par des tribunaux dans divers ressorts, car cela peut avoir pour effet d'exclure des montants légitimement réclamés. En l'espèce, certains montants que la Bank of Scotland pouvait à juste titre réclamer ont selon toute probabilité été exclus lorsque j'ai rejeté un affidavit complémentaire dans une ordonnance et dans des motifs que j'ai rendus le 30 décembre 1998 [[1999] 2 C.F. 417 (1<sup>re</sup> inst.)]. Toutefois, il faut bien, en toute raison, fixer un terme à la période de présentation et de modification des réclamations à un moment donné avant l'audience relative à l'ordre de priorité.

[28] Le montant net de la réclamation, tel qu'il a été calculé par la Bank of Scotland, lequel est fondé sur un recouvrement direct en vertu de la garantie, c'est-à-dire le montant brut de la réclamation relative au principal, au compte de prêts et au compte des paiements effectués en raison de la saisie ainsi qu'aux intérêts, lequel s'élève en tout à 14 124 420,50 \$, moins le montant maximum que la banque affirme pouvoir recevoir directement par suite de la vente du reste de la flotte, qui s'élève à 10 211 397 \$, est donc de 3 913 023,50 \$, auquel s'ajoute un montant de 71 067,09 \$ imputé aux salaires de l'équipage et aux frais de vente payés par la banque, ce qui donne un montant total de 3 984 090,59 \$.

d) Contestation de la garantie de la Bank of Scotland

[29] Ce sont principalement les avocats d'Alpha Bunkering Co. Ltd. (Alpha Bunkering) et d'Aktina S.A. (Aktina) qui ont contesté la garantie de la Bank of Scotland. Les avocats ont présenté leurs arguments

event that Alpha Bunkering and Aktina are found not to have a maritime liens. In addition, more than one claimant, with mere *in rem* rights, might be in a position to realize something if the Bank of Scotland's mortgage claim, or a portion of it, were found to be faulty. Therefore I must consider this aspect.

[30] Alpha Bunkering starts from the proposition that the ability of the Bank of Scotland to assert an *in rem* claim against the sale proceeds must be based on paragraph 22(2)(c) of the *Federal Court Act*, that paragraph governing, among other things, a claim in respect of a mortgage. This proposition ignores the possibility that the Bank of Scotland might have provided necessaries. A cursory examination of the running account kept by the Bank of Scotland shows the provision, through payments to suppliers, of many necessaries. Money advanced to provide necessaries, or to pay for necessaries already purchased, is recoverable as a necessary: see for example *Underwriter, The* (1868), 1 Asp. Mar. Law Cas. 127, at page 129, which refers, among other cases, to Doctor Lushington's decision in *Sophie, In re The* (1842), 1 W. Rob. 368; 166 E.R. 610, where the point is decided at page 611 and *Riga, The* (1872), L.R. 3 A. & E. 516, at page 520 and following. However, I need not pursue this line of thought, for the point was not argued.

[31] Alpha Bunkering then submits that the principal document as between the Bank of Scotland and the owners of the *Nel* is the Loan Agreement of 25 February 1997, Alpha Bunkering taking the position that the provisions of the Loan Agreement prevail over and are incorporated into the mortgage and into the deed of covenant. That is only a partial summary of the relationship among the security documents, for in fact, it is only where there is a conflict between the Loan Agreement and the mortgage or the Deed of Covenants that the Loan Agreement is to prevail: section 13.4 of the Loan Agreement. Alpha Bunkering

à titre subsidiaire, au cas où il serait statué qu'Alpha Bunkering et Aktina ne détiennent pas de privilèges maritimes. En outre, plus d'un créancier ne possédant que de simples droits réels pourrait être en mesure de recouvrer quelque chose s'il était statué que la créance hypothécaire de la Bank of Scotland est en totalité ou en partie irrégulière. Je dois donc tenir compte de cet aspect de la question.

[30] Alpha Bunkering affirme au départ que la capacité de la Bank of Scotland de revendiquer une créance réelle à l'égard du produit de la vente doit être fondée sur l'alinéa 22(2)c) de la *Loi sur la Cour fédérale*, cette disposition régissant, entre autres choses, les réclamations fondées sur une hypothèque. Cet argument ne tient pas compte de la possibilité que la banque ait fourni des approvisionnements nécessaires. Un bref examen du compte courant tenu par la banque montre que de nombreux approvisionnements nécessaires ont été fournis au moyen de paiements effectués en faveur des fournisseurs. Les sommes avancées pour la fourniture des approvisionnements nécessaires ou pour le paiement des approvisionnements nécessaires déjà achetés sont recouvrables au titre des approvisionnements nécessaires: voir par exemple *Underwriter, The* (1868), 1 Asp. Mar. Law Cas. 127, à la page 129, qui renvoie, entre autres, à la décision rendue par M. Lushington dans l'affaire *Sophie, In re The* (1842), 1 W. Rob. 368; 166 E.R. 610, où la question est tranchée à la page 611; et *Riga, The* (1872), L.R. 3, A. & E. 516, aux pages 520 et suivantes. Toutefois, je n'ai pas à examiner la question plus à fond, car le point n'a pas été débattu.

[31] Alpha Bunkering affirme ensuite que le principal document signé par la Bank of Scotland et par les propriétaires du *Nel* est le contrat de prêt du 25 février 1997; elle soutient que les dispositions du contrat de prêt l'emportent sur l'hypothèque et sur l'acte d'engagement et qu'elles y sont incorporées. Il ne s'agit que d'un résumé partiel du rapport existant entre les documents relatifs aux garanties, car en fait, le contrat de prêt l'emporte uniquement s'il existe un conflit entre le contrat de prêt et l'hypothèque ou l'acte d'engagement: article 13.4 du contrat de prêt. Alpha Bunkering déclare ensuite que même si le

then submits that however wide is the Loan Agreement (and here I would comment that it is a very standard Loan Agreement in the sense that it covers virtually all eventualities) the wording of the Loan Agreement “cannot be extended to cover expenses which could not otherwise be secured by way of a ship mortgage pursuant to the applicable law”.

[32] As I have already pointed out an account current mortgage is a broad security document and all the more so in the instance of the present account current mortgage of the *Nel*, by reason of its specific wording. Yet the submission by Alpha Bunkering, and on behalf of various of the claimants, is that the further advances made under the overdrawn accounts, including the distress payments, are outside the scope of the Loan Agreement, which only goes to payments made to protect, maintain and conserve the Bank of Scotland’s security. Indeed, the claimants submit that the payments were made by the Bank of Scotland to facilitate the continued trading of the mortgage fleet. Alpha Bunkering’s preservation argument is supported by dictionary reference and case law as to preserving a ship, to wit *Banco Do Brasil S.A. v. Alexandros G. Tsavlis (The)* (1993), 68 F.T.R. 284 (F.C.T.D.); and *Osborn Refrigeration Sales and Service Inc. v. The Atlantean I*, [1979] 2 F.C. 661, a decision of the Trial Division, varied by (1982), 7 D.L.R. (4th) 395, by the Court of Appeal. In both instances, the ship preservation involved occurred following an arrest. That is a different context than preservation of security from a banker’s point of view, which might include keeping the fleet operating so that it was both worth something and might save the Bank of Scotland the problems of falling heir to a fleet which could no longer operate. However, leaving that aside, this whole argument overlooks the clear broad scope of the account current mortgage, which secures “all sums for the time being owing to the mortgagee on the account current” and then goes on to include those owing by virtue of the Loan Agreement. This is not inconsistent with either the scope of an account current mortgage or the Loan Agreement. Moreover, it recognizes the concept that a mortgage may be the security and that is clear from the purpose and wording of the present account current mortgage.

contrat de prêt a une portée étendue (et je ferais ici remarquer qu’il s’agit d’un contrat de prêt type en ce sens qu’il prévoit presque toutes les éventualités), son libellé [TRADUCTION] «ne peut pas s’appliquer de façon à couvrir des dépenses qui ne pourraient pas par ailleurs être garanties au moyen d’une hypothèque grevant un navire sous le régime du droit applicable».

[32] Comme je l’ai déjà dit, une hypothèque relative à un compte courant est une garantie générale, et elle l’est d’autant plus dans ce cas-ci, où le libellé de l’hypothèque sur le *Nel* est précis. Pourtant, selon l’argument invoqué par Alpha Bunkering et pour le compte de divers autres créanciers, les avances additionnelles consenties en vertu des comptes à découvert, y compris les paiements effectués en raison de la saisie, ne sont pas visées par le contrat de prêt, qui se rapporte uniquement aux paiements visant à protéger, maintenir et conserver la garantie de la Bank of Scotland. De fait, les créanciers soutiennent que la banque a effectué les paiements en vue de faciliter l’exploitation continue de la flotte grevée de l’hypothèque. L’argument qu’Alpha Bunkering a invoqué au sujet de la préservation est étayé par des renvois à des dictionnaires et par la jurisprudence pertinente, à savoir les affaires *Banco Do Brasil S.A. c. Alexandros G. Tsavlis (The)* (1993), 68 F.T.R. 284 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); et *Osborn Refrigeration Sales and Service Inc. c. L’Atlantean I*, [1979] 2 C.F. 661, une décision rendue par la Section de première instance qui a été modifiée (1982), 7 D.L.R. (4th) 395, par la Cour d’appel. Dans les deux cas, on avait cherché à préserver le navire en cause à la suite d’une saisie. Il s’agit d’un contexte différent de celui dans lequel une garantie est préservée au profit d’un banquier, ce qui pourrait inclure l’exploitation continue de la flotte de façon qu’elle ait une certaine valeur et que la Bank of Scotland évite d’hériter d’une flotte qui ne peut plus être exploitée. Toutefois, cet argument dans son ensemble omet malgré tout de tenir compte de la portée étendue et claire de l’hypothèque relative au compte courant, qui garantit [TRADUCTION] «toutes les sommes qui à l’heure actuelle sont dues au créancier hypothécaire sur le compte courant» et qui inclut ensuite les sommes dues en vertu du contrat de prêt. Cela ne va pas à l’encontre de la portée d’une hypothèque relative à un compte courant ou à l’encontre du

[33] Finally, still dealing with distress payment, the lien claimants submit that the Bank of Scotland may not claim priority for distress payments, being payments to creditors of the owners of the mortgaged fleet, in the absence of evidence that the payments were in fact made to parties holding valid maritime liens. Here the reference is to *Östgöta Enskilda Bank v. The Sea Star* (1994), 78 F.T.R. 304 (F.C.T.D.). In *Östgöta* at issue were the payment of pilotage, berthage, and like charges by a charterer. The claimants focus on that part of *Östgöta* in which the judge rejected the argument that the charterer had a good claim by reason of stepping into the shoes of the pilots, whom the charterer submitted had a maritime lien. The Court held that the existence of a maritime lien was not established but that, in any event, the charterer was not under a legal responsibility to accept liability for pilotage services and then somehow to transfer that liability to an *in rem* claim against the ship. *Östgöta* may be limited to its facts. In the present instance the Bank of Scotland does not, except where it has an assignment of a wage or repatriation claim, rely upon a maritime lien and some undefined ability to transmute the payment into an *in rem* claim, but rather upon its loan documentation, including mortgage security, being security which I have found to extend to cover such payments. Moreover, to make this sort of preference argument there is an onus, on the party trying to establish a preference, to show that the real intention was to prefer. This onus requires that the Court, after reviewing all of the circumstances, must be satisfied that the dominant intention of preferment was present. While there may be an inference of preferment, there must, if there is more than one explanation for what happened, be some direct evidence on point. All of this is more neatly put by Lord Tomlin in the House of Lords decision in *Peat (Sir W. H.) v. Gresham Trust, Ltd.*, [1934] A.C. 252 (H.L.), at page 262:

contrat de prêt. En outre, cela tient compte du fait qu'une hypothèque peut constituer une garantie, comme le montrent clairement le but et le libellé de l'hypothèque ici en cause relative au compte courant.

[33] Enfin, toujours en ce qui concerne les paiements effectués en raison de la saisie, les créanciers privilégiés soutiennent que la Bank of Scotland ne peut pas revendiquer la priorité à l'égard des paiements effectués en raison de la saisie, c'est-à-dire les sommes versées aux créanciers des propriétaires de la flotte, en l'absence d'une preuve tendant à montrer que ces sommes ont de fait été versées à des titulaires de privilèges maritimes valides. Il est ici fait mention de la décision *Östgöta Enskilda Bank c. Le Sea Star* (1994), 78 F.T.R. 304 (C.F. 1<sup>e</sup> inst.). L'affaire *Östgöta* portait sur le paiement des frais de pilotage et d'amarrage ainsi que d'autres frais similaires par un affrètement. Les créanciers mettent l'accent sur la partie de la décision dans laquelle le juge a rejeté l'argument selon lequel la réclamation de l'affrètement était fondée parce que ce dernier s'était substitué aux pilotes, qui, selon l'affrètement, détenaient un privilège maritime. La Cour a statué que l'existence d'un privilège maritime n'avait pas été établie, mais que de toute façon l'affrètement n'était pas, en droit, tenu d'assumer l'obligation relative aux services de pilotage et de la transformer ensuite de quelque façon en une créance réelle contre le navire. La décision *Östgöta* est peut-être limitée aux faits qui lui sont propres. En l'espèce, la Bank of Scotland ne se fonde pas, si ce n'est à l'égard des créances relatives aux salaires ou aux frais de rapatriement qui lui ont été cédées, sur un privilège maritime ou sur une vague possibilité de transformer le paiement en une créance réelle, mais plutôt sur les documents relatifs au prêt, y compris une garantie hypothécaire, cette garantie s'appliquant à mon avis à de tels paiements. En outre, pour invoquer ce genre d'argument, la partie qui tente d'établir un rang prioritaire doit démontrer l'existence d'une intention réelle d'attribuer ce rang. Après avoir examiné toutes les circonstances, la cour doit être convaincue de l'existence d'une intention marquée d'établir un droit de priorité. La priorité peut être inférée, mais s'il existe plus d'une explication au sujet de ce qui est arrivé, il doit exister un élément de preuve direct à ce sujet. Lord Tomlin a exprimé ce point de vue d'une façon

In my opinion in these cases the onus is on those who claim to avoid the transaction to establish what the debtor really intended, and that the real intention was to prefer. The onus is only discharged when the court upon a review of all the circumstances is satisfied that the dominant intent to prefer was present. That may be a matter of direct evidence or of inference, but where there is not direct evidence and there is room for more than one explanation it is not enough to say there being no direct evidence the intent to prefer must be inferred.

In the present instance, I have considered all of the circumstances. Banks are not in the business of owning or operating ships: the actions of the Bank of Scotland give all the appearance of a mortgagee trying to keep its mortgagor's fleet operating so that it might have some going concern value and bring in a return, both objectives to the mutual advantage of bank, customer and creditor. There is little or nothing to infer an intent to grant a preference. Of direct evidence of preferment there is none. I now turn to the allegation of an indirect or secret profit made by the Bank of Scotland on the sale of the *Blue L.*

(e) Indirect Profit on Purchase and Resale of the *Blue L.*

[34] The *Blue L.*, one of the ships of the fleet mortgaged to the Bank of Scotland, was purchased by the Bank of Scotland, through a nominee company, Perca Shipping Co., at a court ordered sale in South Africa for \$3,300,000. The nominee company immediately sold the *Blue L.* to Seagull Maritime Corporation, an existing customer of the Bank of Scotland, for \$5,000,000. Elements of this transaction are documented in a number of places including in an intermittent running journal, or series of memos, kept by the Bank of Scotland and called by them an "irregular report". Pertinent here is that the purchase by the Bank of Scotland's nominee company was not a speculation, but was accomplished to effect a pre-arranged sale to an existing customer of the Bank.

plus élégante dans la décision du Conseil privé *Peat (Sir W. H.) v. Gresham Trust, Ltd.*, [1934] A.C. 252 (H.L.), à la page 262:

[TRADUCTION] À mon avis, dans ces affaires, il incombe à ceux qui cherchent à éviter l'opération d'établir l'intention véritable du débiteur et de prouver que cette intention visait à accorder la priorité. Cette obligation est uniquement remplie si, après avoir examiné toutes les circonstances, la cour est convaincue de l'existence d'une intention marquée d'accorder la priorité. Cela peut se faire au moyen d'une preuve directe ou d'une inférence, mais en l'absence d'une preuve directe, et lorsque plusieurs explications peuvent être données, il ne suffit pas de dire qu'étant donné qu'il n'existe aucune preuve directe, cette intention doit être inférée.

En l'espèce, j'ai tenu compte de toutes les circonstances. Les banques ne s'occupent pas de posséder ou d'exploiter des navires: par ses actions, la Bank of Scotland se comporte à tous égards comme un créancier hypothécaire qui essaie de continuer à exploiter la flotte du débiteur hypothécaire de façon qu'elle ait une valeur d'exploitation et qu'elle rapporte un revenu, ces deux objectifs étant avantageux pour la banque, pour le client et pour le créancier. Il n'existe guère d'éléments permettant d'inférer l'intention d'attribuer un rang prioritaire. Aucun élément de preuve direct ne montre que la priorité a été accordée. J'examinerai maintenant l'allégation selon laquelle la Bank of Scotland a indirectement ou secrètement tiré profit de la vente du *Blue L.*

e) Profit indirectement tiré de l'achat et de la revente du *Blue L.*

[34] Le *Blue L.*, qui faisait partie de la flotte sur laquelle la Bank of Scotland détenait une hypothèque, a été acheté pour la somme de 3 300 000 \$ par la banque, par l'entremise d'une société prête-nom, Perca Shipping Co., lors d'une vente judiciaire qui a eu lieu en Afrique du Sud. La société prête-nom a immédiatement vendu le *Blue L.* à Seagull Maritime Corporation, qui était un client de la Bank of Scotland, pour la somme de 5 000 000 \$. Les éléments de cette opération sont attestés dans un certain nombre de documents, notamment dans un journal intermittent, ou série de notes, tenu par la banque, qui le désignait sous le nom de [TRADUCTION] «rapport irrégulier». Il importe ici de noter qu'en effectuant l'achat, la société prête-nom n'agissait pas à titre de spéculateur, mais

[35] The irregular report or journal shows a July 1997 appraised value for the *Blue L.* of \$5,300,000. A November 1997 journal entry indicates the *Blue L.* had been arrested by the Bank of Scotland in South Africa, that it would be acquired by the Bank, when it came up for court ordered sale 23 January 1998 and then that it would be resold to Seagull Maritime Corporation. The note at the conclusion of the November 1997 journal page is that:

Steps have been taken to dispose of the vessels at prices sufficient (after paying off preferential creditors) to repay the debt in full.

This procedure, of acquiring and reselling, is documented generally and particularly in the January journal entries.

[36] This procedure of purchase by the Bank of Scotland and planned resale at a profit to an existing customer was not particular only in the case of the *Blue L.* The January 1998 journal entries include a notation of the arrest of the *Angelina L.* in Singapore, which notes the acquisition of the *Angelina L.* following “a quick court action in order to ‘lose’ some of the creditors claims”, acquisition by the Bank and an onward sale to new owners, was expected to net the Bank of Scotland about \$900,000 after preferential claims. In fact the vessel was bought by the Bank in early February of 1998 and netted the Bank \$1,225,716 toward the debt. More important, however, is the specific reference to the *Blue L.* That entry shows an intent to buy the vessel when it came up for sale by the court and to resell the vessel to Seagull Maritime Corporation for \$5,000,000. This came about:

Vessel was bought back in by the Bank on 22<sup>nd</sup> January. The vessel was onsold to Seagull on 30<sup>th</sup> January. Sale proceeds from Court expected March.

qu’elle a acheté le navire en vue de le vendre à un client de la banque, cette vente ayant été arrangée à l’avance.

[35] Le journal ou rapport irrégulier montre qu’au mois de juillet 1997, le *Blue L.* avait une valeur estimative de 5 300 000 \$. Selon une écriture de journal datant du mois de novembre 1997, le *Blue L.* avait été saisi en Afrique du Sud par la Bank of Scotland, qui devait l’acquérir lors de la vente judiciaire, le 23 janvier 1998, et le revendre ensuite à Seagull Maritime Corporation. La note figurant à la fin de la page du journal se rapportant au mois de novembre 1997 est ainsi libellée:

[TRADUCTION] Des mesures ont été prises pour que les navires soient vendus à des prix permettant (une fois les créanciers prioritaires payés) de rembourser la dette au complet.

Cette procédure d’acquisition et de revente est attestée d’une façon générale et d’une façon particulière dans les écritures de journal relatives au mois de janvier.

[36] Cette procédure d’achat et de revente à profit à un client n’était pas propre au *Blue L.* Les écritures de journal relatives au mois de janvier 1998 comprennent une note concernant la saisie de l’*Angelina L.*, à Singapour, montrant que l’acquisition de ce navire à la suite d’[TRADUCTION] «une brève action judiciaire visant à “éliminer” certaines réclamations», l’acquisition par la banque et la vente subséquente aux nouveaux propriétaires, devaient rapporter à la banque une somme nette d’environ 900 000 \$ une fois les réclamations prioritaires payées. En fait, le navire a été acheté par la banque au début du mois de février 1998 et a rapporté à celle-ci la somme nette de 1 225 716 \$ à valoir sur la créance. Toutefois, fait plus important, il est expressément fait mention du *Blue L.* Cette écriture montre que l’on avait l’intention d’acheter le navire lorsqu’il serait vendu en justice et de le revendre à Seagull Maritime Corporation pour la somme de 5 000 000 \$. Cela est exprimé de la façon suivante:

[TRADUCTION] Le navire a été racheté par la banque le 22 janvier. Il a ensuite été vendu à Seagull le 30 janvier. Le produit de la vente judiciaire devrait être obtenu au mois de mars.



There follows the same note, that occurred previously, that the Bank had taken steps to dispose of the ships for amounts sufficient to repay the debt in full. The January journal entry then goes on to confirm the sale price of the *Blue L.* to Seagull Maritime Corporation at \$5,000,000. That sale price of \$5,000,000 to Seagull Maritime Corporation is also confirmed in a February 1998 journal entry.

[37] We also know, from the affidavit of Mr. Myles of the Bank of Scotland, that the purchase price of the *Blue L.*, leaving aside bunkers, was \$3,300,000. This leaves a profit of about \$1,700,000 between the Bank of Scotland's acquisition cost and the onward sale price. The lien claimants say that this profit, which is not accounted for and which might have remained undisclosed but for diligent efforts to obtain disclosure and to cross-examine, constitutes a profit to the Bank of Scotland, a profit which ought to be taken into consideration to reduce the Bank of Scotland's total claim under the fleet mortgage. The documentation indicates that the onward sale to Seagull Maritime Corporation included the bunkers, for which the Bank of Scotland paid \$34,750.66. The profit on the sale of the *Blue L.*, to be taken into account as a deduction from the total Bank of Scotland claim, amounts to \$1,665,249.40.

[38] The Bank of Scotland's nominee, to purchase the *Blue L.* on the judicial sale and to resell it, was Perca Shipping Co. Ltd., an offshore company, the shares of which were beneficially owned by the Bank of Scotland. The profit on the sale then went to the Bank of Scotland. However the Bank of Scotland takes the position that the profit has nothing to do with the debt owing on the fleet mortgage. All of this is confirmed by Mr. Myles, of the Bank of Scotland, on his cross-examination. Mr. Myles was perhaps uninformed in saying that there was no agreement between the Bank's nominee company to sell the ship and Seagull Maritime Corporation to purchase the ship before the *Blue L.* was acquired on the court ordered sale. This flies in the face of the irregular report or journal kept by the Bank which, in November, shows an intention to acquire the ship and to sell her, at a

Il y a ensuite une note identique à celle dont il a déjà été fait mention, à savoir que la banque avait pris des mesures en vue de vendre les navires à un prix permettant de rembourser toute la dette. L'écriture de journal du mois de janvier confirme ensuite que le *Blue L.* a été vendu à Seagull Maritime Corporation pour la somme de 5 000 000 \$. Ce prix est également confirmé par une écriture de journal en date du mois de février 1998.

[37] L'affidavit de M. Myles, de la Bank of Scotland, révèle également qu'indépendamment des soutes, le *Blue L.* a été acheté pour la somme de 3 300 000 \$, ce qui donnait un profit d'environ 1 700 000 \$ compte tenu des frais d'acquisition de la banque et du prix de revente. Les créanciers privilégiés affirment que ce profit, qui n'est pas comptabilisé et qui aurait pu demeurer secret si ce n'étaient les efforts diligents qu'ils ont déployés pour obtenir la communication et pour procéder à des contre-interrogatoires, constitue pour la banque un profit qu'il faudrait défalquer du montant total de sa créance fondée sur l'hypothèque qu'elle détient sur la flotte. Selon les documents, la vente subséquente à Seagull Maritime Corporation comprenait les soutes, pour lesquelles la banque avait versé une somme de 34 750,66 \$. Le profit tiré de la vente du *Blue L.*, qu'il faut déduire du montant total de la réclamation de la banque, s'élève à 1 665 249,40 \$.

[38] La société prête-nom, lorsqu'il s'est agi d'acheter le *Blue L.* dans le cadre de la vente judiciaire et de le revendre ensuite, était Perca Shipping Co. Ltd., une société étrangère dont les actions étaient détenues par la Bank of Scotland à titre de propriétaire bénéficiaire. Le profit tiré de la vente a ensuite été remis à la banque. Toutefois, la banque soutient que ce profit n'a rien à voir avec le montant qui était dû en vertu de l'hypothèque dont la flotte était grevée. Tout cela a été confirmé par M. Myles, de la Bank of Scotland, lors du contre-interrogatoire. M. Myles était peut-être mal informé lorsqu'il a dit qu'avant que le *Blue L.* soit acquis lors de la vente judiciaire, aucune entente n'avait été conclue entre la société prête-nom à titre de vendeur et Seagull Maritime Corporation à titre d'acheteur du navire. Cela contredit le journal ou rapport irrégulier de la banque; en effet, selon une

profit, to Seagull Maritime Corporation for \$5,000,000.

[39] If the Bank of Scotland's Mr. Myles had been able even to volunteer, on cross-examination, as an explanation to this charge of a profit siphoned off to the Bank through an offshore entity beneficially owned by the Bank, for an immediate onward sale at an agreed price, that the South African Court was at least aware of what was happening, that might well have ended the matter. However, the Bank attempted damage control by taking the positions that the vessel was properly bought at a court ordered sale, that any onward sale by the Bank had no relevance and that what happened was not any business of the unpaid creditors of the fleet. All of this might be so, but only in a situation where a mortgage holder could properly bid for the ship, demonstrably without damping the sale and without any prior arrangement with some other party, could the Bank of Scotland buy the vessel and then resell without accounting for a profit.

[40] To begin, it is not possible, in most jurisdictions where a mortgagee does not have the right to bid its mortgage, for a mortgagee to become a buyer in a court ordered sale, unless the court grants that disposition: see for example *Wilson's, In re The (1841)*, 1 W. Rob. 172; 166 E.R. 537, where the Court allowed the mortgagee to bid on the ship. This is a relaxation of the general rule that a mortgagee, who has its own rights to look after in a realization situation, also has a duty to act *bona fides*, both without collusion with any purchaser and without placing itself in a position giving rise to any conflict of interest, which might arise where a mortgagee allowed an unrestricted right to purchase. In the present instance I have been presented with no evidence to indicate that the South African Court knew of the Bank's intent to purchase and resell the *Nel* at a profit or even that the Bank of Scotland, through a nominee, was to be allowed to bid for the *Nel*. Returning to the duty, on a sale, it includes the obligation to obtain the true market value. These propositions, as to the duty of a mortgagee, were touched upon in *Tse Kwong Lam v. Wong Chit*

écriture du mois de novembre, il y avait intention d'acquérir le navire et de le vendre à profit à Seagull Maritime Corporation pour la somme de 5 000 000 \$.

[39] Si, lors du contre-interrogatoire, M. Myles avait bien voulu dire que le tribunal sud-africain était au courant de la situation, de façon à répondre à l'allégation selon laquelle la banque avait canalisé un profit par l'entremise d'une société étrangère dont elle était propriétaire bénéficiaire, laquelle avait immédiatement revendu le navire à un prix convenu, cela aurait fort bien pu mettre fin à l'affaire. Toutefois, la banque a tenté de mitiger les dégâts en soutenant que le navire avait été acheté régulièrement dans le cadre d'une vente judiciaire, que la vente subséquente n'était pas pertinente et que l'opération ne concernait pas les personnes qui avaient une créance impayée sur la flotte. C'était peut-être bien vrai, mais la banque pouvait uniquement acheter le navire et le revendre ensuite sans comptabiliser un profit si un créancier hypothécaire pouvait faire une offre régulière à l'égard du navire, manifestement sans limiter la vente et sans avoir pris des dispositions antérieures avec une autre partie.

[40] Premièrement, dans la plupart des pays où ils n'ont pas le droit de faire une offre sur le bien à l'égard duquel ils détiennent une hypothèque, les créanciers hypothécaires peuvent uniquement se porter acquéreurs dans le cadre d'une vente judiciaire si la cour le leur permet: voir par exemple *Wilson's, In re The (1841)*, 1 W. Rob. 172; 166 E.R. 537, où la Cour a permis au créancier hypothécaire de faire une offre à l'égard du navire. Cela constitue un assouplissement de la règle générale selon laquelle le créancier hypothécaire, qui doit veiller à protéger ses propres droits dans le cadre d'une liquidation, est par ailleurs tenu d'agir de bonne foi, sans collusion avec l'acheteur et sans se mettre dans une situation créant un conflit d'intérêts, comme cela pourrait se produire s'il avait un droit d'achat absolu. En l'espèce, on ne m'a présenté aucun élément de preuve montrant que le tribunal sud-africain savait que la Bank of Scotland avait l'intention d'acheter et de revendre le *Nel* à profit ou même que, par l'entremise d'une société prête-nom, la banque allait être autorisée à faire une offre à l'égard du *Nel*. L'obligation qui existe en cas

*Sen*, [1983] 1 W.L.R. 1349 (P.C.), at page 1353 and following. At page 1355 the Privy Council points out that there is not a hard and fast rule that a mortgagee may not sell to a company in which it is interested, but that if such occurs there is a heavy onus on the mortgagee to show that, in all respects, it acted fairly and in good faith, taking reasonable precautions to obtain the best price obtainable at the time. Granted, the *Tse Kwong Lam* case involved a private sale, however there must be full disclosure before a mortgagee bids, either directly or indirectly, on a court ordered sale.

[41] The irregular report, following the sale of the *Blue L.*, shows the \$5,000,000 value of the ship as contributing to the value of the net total of assets held by the Bank of Scotland to secure the loan to the owner of the fleet which included the *Nel*. I accept that this is a return which the Bank of Scotland made on its security, a return which ought to have been declared and explained, if the Bank of Scotland were able. Since the Bank was unable to offer an exculpatory explanation for the planned gambit, the purchase of the vessel through an off-shore company, the shares of which were beneficially held by the Bank of Scotland, for an already planned sale at a profit to an existing customer, it is equitable to add the profit as recovery by the Bank of Scotland under its mortgage. This is a result which reflects the evidence of Mr. Myles, on cross-examination, that the net profit gained by the off-shore company which it controlled, Perca Shipping Co., was paid to the Bank of Scotland. Mr. Myles, on cross-examination, was uncertain as to where in the Bank of Scotland's accounting the gross profit of \$1,700,000, or more correctly the net profit after payment for bunkers, \$1,665,249.40, appeared, however the Bank of Scotland did receive that amount.

de vente comprend l'obligation d'obtenir la véritable valeur marchande. Ces assertions, en ce qui concerne l'obligation du créancier hypothécaire, ont été examinées dans la décision *Tse Kwong Lam v. Wong Chit Sen*, [1983] 1 W.L.R. 1349 (C.P.), aux pages 1353 et suivantes. À la page 1355, le Conseil privé souligne qu'il n'existe pas de règle stricte voulant qu'un créancier hypothécaire ne puisse pas vendre le bien à une société dans laquelle il a des intérêts, mais qu'en pareil cas, il existe une lourde obligation de la part du créancier hypothécaire de démontrer qu'à tous les égards, il a agi d'une façon juste et de bonne foi, en prenant des précautions raisonnables pour obtenir le meilleur prix qu'il était alors possible d'avoir. Il est vrai que dans l'affaire *Tse Kwong Lam*, une vente privée était en cause, mais il doit y avoir une divulgation complète avant qu'un créancier hypothécaire puisse faire une offre, directement ou indirectement, dans le cadre d'une vente judiciaire.

[41] Le rapport irrégulier montre que le montant de 5 000 000 \$ obtenu lors de la vente du *Blue L.* a contribué à la valeur du total net des éléments d'actif que la Bank of Scotland détenait en garantie du prêt consenti au propriétaire de la flotte dont le *Nel* faisait partie. Il s'agit selon moi d'un revenu que la banque a tiré de sa garantie, revenu qui aurait dû être déclaré et expliqué, si la banque était en mesure de le faire. Étant donné que la banque n'a pas pu offrir d'explication pour justifier sa manœuvre, c'est-à-dire l'achat du navire par l'entremise d'une société étrangère dont elle détenait les actions à titre de propriétaire bénéficiaire, en vue d'une vente à profit arrangée à l'avance en faveur d'un client, il est juste d'ajouter le profit à la somme recouvrée par la banque en vertu de son hypothèque. Ce résultat est conforme au témoignage que M. Myles a présenté lors du contre-interrogatoire, à savoir que le profit net réalisé par la société étrangère contrôlée par la banque, Perca Shipping Co., avait été versé à la banque. Lors du contre-interrogatoire, M. Myles ne savait pas trop où était comptabilisé le profit brut de 1 700 000 \$ que la banque avait fait, ou plus exactement le profit net une fois que les soutes avaient été payées, lequel s'élevait à 1 665 249,40 \$, mais la banque a néanmoins bel et bien touché ce montant.

[42] The amount that the Bank recouped on the *Blue L.* transaction was not as a profit on an independent business transaction, but was made by reason of the Bank of Scotland's position as mortgagee of the *Blue L.*: prudent bankers are not usually in the business of speculators in the purchase and sale of used ships, unless the situation is forced upon them by a ship mortgage situation which has gone bad. This now leaves the issue of the Bank of Scotland's position, as recipient of \$1,665,000, arising out of its position as fleet mortgagee, *vis-à-vis* the creditors of that fleet and particularly the lien claimants in this action. The appropriate tool by which to reach an equitable conclusion is that of a constructive trust.

[43] I recognize that a mortgagee is not an overall trustee on a ship sale under a mortgage and all the more so when the sale is court ordered. However, a mortgagee is a trustee for any surplus realized on a sale and in that situation must act in good faith: see *Frost Ltd. v. Ralph* (1980), 40 Nfld. & P.E.I.R. 207 (T.D.) and *Federal Business Development Bank v. Ralph* (1988), 71 Nfld. & P.E.I.R. 231 (C.A.), referred to by Mr. Justice Rothstein, as he then was, in *Dunne v. Canada* (1995), 93 F.T.R. 115 (F.C.T.D.), at page 120 and following. There is every reason that such a standard ought to apply when a mortgagee claims at a court ordered ship sale and all the more in the case when there is no indication that the court ordering the sale was in any way aware either that the purchaser was an offshore company controlled by the Bank of Scotland or that the Bank of Scotland had a prearranged sale, with the profit going not to secure lien claimants, but directly to the Bank of Scotland.

[44] As I say, a constructive trust is an appropriate tool. Such a trust comes into existence regardless of intent. It is an equitable remedy designed to prevent unjust enrichment [*Jesionowski v. Wa-Yas (The)*, [1993] 1 F.C. 36 (T.D.), at page 58]:

[42] Le montant que la banque a recouvré par suite de l'opération conclue à l'égard du *Blue L.* ne constituait pas un profit sur une opération commerciale indépendante, mais résultait de l'hypothèque que la banque détenait sur le *Blue L.*: habituellement, les banquiers prudents ne spéculent pas en achetant et en vendant des navires usagés à moins d'être obligés de le faire parce que la créance hypothécaire qu'ils détiennent sur le navire n'est plus sûre. Il reste à savoir quelle est la situation de la banque par rapport aux créanciers de la flotte et en particulier aux créanciers privilégiés ici en cause, compte tenu du fait qu'elle a touché une somme de 1 665 000 \$ en vertu de l'hypothèque qu'elle détenait sur la flotte. Pour arriver à une conclusion équitable, il convient de se fonder sur l'existence d'une fiducie par interprétation.

[43] Je reconnais que le créancier hypothécaire n'agit pas comme fiduciaire général lorsqu'un navire est vendu en vertu d'une hypothèque, et encore moins lorsque la vente a été ordonnée par un tribunal. Toutefois, il agit comme fiduciaire à l'égard de tout excédent réalisé lors d'une vente, auquel cas il doit être de bonne foi: voir les décisions *Frost Ltd. v. Ralph* (1980), 40 Nfld. & P.E.I.R. 207 (1<sup>re</sup> inst.) et *Federal Business Development Bank v. Ralph* (1988), 71 Nfld. & P.E.I.R. 231 (C.A.), mentionnées par le juge Rothstein (maintenant juge à la Cour d'appel) dans la décision *Dunne c. Canada* (1995), 93 F.T.R. 115 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), aux pages 120 et suivantes. Il y a lieu d'appliquer cette norme lorsque le créancier hypothécaire présente une réclamation dans le cadre de la vente judiciaire d'un navire, surtout si rien ne montre que le tribunal qui a ordonné la vente ait de quelque façon su que l'acheteur était une société étrangère contrôlée par la Bank of Scotland ou que cette dernière avait arrangé la vente à l'avance, le profit devant lui être remis directement plutôt que d'être remis aux créanciers privilégiés.

[44] Comme je l'ai dit, il convient de se fonder sur l'existence d'une fiducie par interprétation. Cette fiducie prend naissance indépendamment de l'intention. Il s'agit d'une réparation en *equity* destinée à empêcher l'enrichissement sans cause [*Jesionowski c. Wa-Yas (Le)*, [1993] 1 C.F. 36 (1<sup>re</sup> inst.), à la page 58]:

A constructive trust comes into existence “regardless of any party’s intent, when the law imposes upon a party an obligation to hold specific property for another”: See Waters, *Law of Trusts in Canada* (2nd ed., 1984), at page 377. A constructive trust is a remedial, equitable instrument, the purpose of which is to prevent unjust enrichment: *Rathwell v. Rathwell*, [1978] 2 S.C.R. 436, at page 455; *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834.

[45] There are a number of conditions that are placed upon the imposition of a constructive trust. As a result a constructive trust is not often an appropriate remedy, for a court must be certain first, that a claim for unjust enrichment has been established; second, that there has been a corresponding deprivation to the claimant; third, that there is no juristic reason for the enrichment; and finally, whether, in the circumstances, a constructive trust is the appropriate remedy to redress the unjust enrichment: *Jesionowski, supra*.

[46] Applying this four-part test to the present situation, as I have already pointed out the Bank of Scotland has received \$1,655,249.40 as a result of its knowledge, as a mortgagee, an unjust enrichment which ought, in the particular circumstances, to have been accounted for. Second, by virtue of the tactics of the Bank of Scotland various lien claimants are deprived of their right to claim against that sum as part of the sale proceeds. Third, there is no juristic reason for the enrichment, but to the contrary, it came as a result of contrivance. Finally, the remedy is appropriate, for it would be ludicrous for lien claimants to have gone through the present priority hearing and then, priority in hand, be forced to track down the Bank of Scotland in another jurisdiction and there sue on their judgments.

[47] In summary, for the purposes of this priority hearing, the sum of \$1,655,249.40 is deemed both to have been received by the Bank of Scotland and to have been applied toward satisfaction of its fleet mortgage.

Une fiducie par interprétation existe [TRADUCTION] «peu importe l’intention de quelque partie que ce soit, quand la loi impose à une partie l’obligation de détenir un bien précis au bénéfice d’une autre personne»: voir Waters, *Law of Trusts in Canada*, 2<sup>e</sup> éd., 1984, à la p. 377. La fiducie par interprétation est une forme de réparation fondée sur l’*equity* qui vise à prévenir l’enrichissement sans cause: *Rathwell c. Rathwell*, [1978] 2 R.C.S. 436, à la page 455; *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834.

[45] Pour qu’il y ait fiducie par interprétation, un certain nombre de conditions doivent être remplies. Dans bien des cas, une telle fiducie ne constitue donc pas une réparation appropriée, car le tribunal doit s’assurer: premièrement, que l’allégation relative à l’enrichissement sans cause a été établie; deuxièmement, que le créancier a été privé de son dû à cause de cet enrichissement; troisièmement, qu’il n’existe aucun motif d’ordre juridique justifiant l’enrichissement; enfin, qu’eu égard aux circonstances, une fiducie par interprétation constitue une réparation appropriée pour remédier à l’enrichissement sans cause: *Jesionowski*, précitée.

[46] Si j’applique ce critère à quatre volets à la présente affaire, la Bank of Scotland a touché, comme je l’ai déjà souligné, la somme de 1 655 249,40 \$ par suite des renseignements qu’elle possédait en sa qualité de créancière hypothécaire; il y a eu enrichissement sans cause et le montant en question aurait dû être comptabilisé eu égard aux circonstances particulières de l’affaire. Deuxièmement, par suite des tactiques auxquelles la Bank of Scotland a eu recours, divers créanciers privilégiés sont privés du droit de présenter une réclamation à valoir sur cette somme comme partie du produit de la vente. Troisièmement, il n’existe aucun motif d’ordre juridique justifiant l’enrichissement; au contraire, cet enrichissement résultait d’une machination. Enfin, la réparation est appropriée, car il serait ridicule que les créanciers privilégiés participent à la présente audience et qu’une fois leur rang prioritaire reconnu, ils soient obligés de poursuivre la Bank of Scotland dans un autre ressort en se fondant sur les jugements qu’ils ont obtenus.

[47] Bref, aux fins de la présente audience, la Bank of Scotland est réputée avoir touché la somme de 1 655 249,40 \$ et l’avoir imputée au paiement de la créance hypothécaire qu’elle détenait sur la flotte.

(f) Early Crystallization of the Bank of Scotland Claim

[48] The next interesting point is a submission that the claim of the Bank of Scotland, under its fleet mortgage, ought to be capped at \$12,047,788.08, being the American dollar equivalent of the C\$17,602,057.32 December 1997 default judgment, because the claim is then said to have then crystallized at that amount.

[49] It is clear that one reason the Bank of Scotland took default judgment at an early date, rather than to prove its claim at the priority hearing, was that an early judgment enabled the Bank to apply for payment to it of any funds that were clearly surplus to those needed to satisfy the claims that had an apparent possible higher priority. The question now is whether the early default judgment has also been to the detriment of the Bank of Scotland, to the extent of about \$2,000,000 added to the claim after December 1997, of course allowing for any court approved expenditures.

[50] The case here, against the Bank of Scotland, begins with *European Central Railway Company, In re. Ex parte Oriental Financial Corporation* (1876), 4 Ch. D. 33 (C.A.). There a debenture holder obtained judgment at an early stage in order to obtain the advantage of an execution. They were later able to prove an additional two percent interest, which both the Trial Judge and the Court of Appeal disallowed, holding that original debt had become merged in the judgment, in effect creating a fresh debt with different consequences. *European Central* is summed up in a passage in Volume 26 of the 4th edition of *Halsbury's Laws of England*, at page 274:

When judgment has been given in an action, the cause of action in respect of which it was given is merged with the judgment and its place is taken by the rights created by the judgment, so that a second action may not be brought on that cause of action.

f) Cristallisation hâtive de la réclamation de la Bank of Scotland

[48] L'argument intéressant qui est ensuite invoqué est que la réclamation de la Bank of Scotland, en vertu de l'hypothèque qu'elle détient sur la flotte, devrait être limitée à 12 047 788,08 \$, soit le montant correspondant en dollars américains au montant de 17 602 057,32 \$CAN fixé dans le jugement par défaut du mois de décembre 1997, parce que, comme on l'affirme, la réclamation s'est cristallisée à ce montant.

[49] Il est clair que la Bank of Scotland s'est empressée de demander un jugement par défaut au lieu d'attendre l'audience relative à l'ordre de priorité pour prouver sa réclamation parce que pareil jugement lui permettait de demander qu'on lui verse toute somme clairement excédentaire par rapport aux sommes nécessaires aux fins du paiement des créances qui, semblait-il, viendraient peut-être avant la sienne. Il s'agit maintenant de savoir si le jugement par défaut qui a été rendu à ce stade de l'affaire nuit à la banque, en ce qui concerne la somme d'environ 2 000 000 \$ qui a été ajoutée à la réclamation après le mois de décembre 1997, compte tenu bien sûr de toute dépense approuvée par la Cour.

[50] À l'encontre de la Bank of Scotland, on peut citer l'arrêt *European Central Railway Company, In Re. Ex parte Oriental Financial Corporation* (1876), 4 Ch. D. 33 (C.A.). Dans cette affaire, le titulaire d'une débeture avait hâtivement obtenu un jugement de l'affaire de façon à pouvoir en garantir l'exécution. Il a par la suite réussi à prouver un intérêt additionnel de deux pour cent, que le juge de première instance et la cour d'appel ont rejeté, en statuant que la dette initiale avait fusionné avec le jugement, de sorte qu'une nouvelle dette ayant des conséquences différentes était créée. L'arrêt *European Central* est résumé dans un passage du volume 26 de la 4<sup>e</sup> édition de l'ouvrage de *Halsbury's Laws of England*, à la page 274:

[TRADUCTION] Lorsqu'un jugement a été rendu dans une action, la cause d'action qui a donné lieu au jugement fusionne avec le jugement et elle est remplacée par les droits créés par le jugement, de sorte qu'il est impossible d'intenter une deuxième action fondée sur cette cause d'action.

[51] The Saskatchewan Court of King's Bench reached a conclusion similar to that in *European Central in Cockshutt Plow Co., Ltd. v. Kornysyn*, [1931] 3 W.W.R. 171. There the plaintiff held a mortgage as collateral security to three promisory notes. On default the plaintiff obtained judgment. The point of the case was that where judgment has been recovered for a debt, there is then a merger of the original indebtedness in the judgment. In addition, where the judgment is *in rem*, as was the situation here, it is a judgment binding all and invocable by any person against any other person: see Volume 16 of the 4th edition of *Halsbury's Laws of England*, at page 869 and *Creighton v. Franko* (1998), 151 F.T.R. 21 (F.C.T.D.), at page 33.

[52] The submission to bar the Bank of Scotland from claiming more than the amount set out in its default judgment, is then to the effect that on a default judgment the allegations and the claim are deemed proven at some \$12,000,000, counsel here referring to *McElroy v. Cowper-Smith and Woodman*, [1967] S.C.R. 425. As I read it, *McElroy* is confined to default judgments taken under the Alberta Supreme Court Rules, by which a defendant, who allows judgment to go by default, is taken to have admitted the facts set out in the statement of claim: *McElroy*, at page 428. The better view may be that the efficacy of a default judgment may be less than that of a judgment on the merits. This is a point made by Mr. Justice McNair in *Montres Rolex S.A. v. Canada*, [1988] 2 F.C. 39 (T.D.), at page 52:

Generally speaking, orders in the nature of summary procedural judgments where there has been no trial of the issues are interlocutory at best, and should not be accorded the finality and conclusiveness of a judgment on the merits of such issues: . . .

In reaching this conclusion, Mr. Justice McNair referred to former *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663], Rule 437 which allowed a plaintiff to take judgment in default for the relief sought in the statement of claim. The effect of that Rule seems no different than the present rule 210 [*Federal Court*

[51] Dans l'arrêt *Cockshutt Plow Co., Ltd. v. Kornysyn*, [1931] 3 W.W.R. 171, la Cour du Banc du Roi de la Saskatchewan est arrivée à une conclusion semblable à celle qui avait été tirée dans l'arrêt *European Central*. Dans cette affaire-là, la demanderesse détenait, à l'égard de trois billets, une hypothèque en tant que garantie accessoire. Elle avait obtenu un jugement par défaut. Il a été statué que lorsqu'un jugement a été obtenu à l'égard d'une dette, la dette initiale fusionne avec le jugement. De plus, s'il s'agit d'un jugement en matière réelle, comme c'était le cas ici, ce jugement est obligatoire et vaut contre tous: voir le volume 16 de la 4<sup>e</sup> édition de *Halsbury's Laws of England*, à la page 869, et *Creighton c. Franko* (1998), 151 F.T.R. 21 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la page 33.

[52] Selon l'argument que la Bank of Scotland ne peut réclamer plus que le montant fixé dans le jugement par défaut, les allégations et la réclamation sont réputées être prouvées pour un montant d'environ 12 000 000 \$ par suite du jugement par défaut qui a été rendu, et l'avocat mentionne ici l'arrêt *McElroy c. Cowper-Smith and Woodman*, [1967] R.C.S. 425. Si je l'interprète correctement, l'arrêt *McElroy* est limité aux jugements par défaut qui sont rendus en vertu des Supreme Court Rules de l'Alberta, selon lesquelles le défendeur qui permet qu'un jugement soit rendu par défaut est réputé avoir admis les faits énoncés dans la déclaration: *McElroy*, à la page 428. Il est peut-être préférable de dire qu'un jugement par défaut est peut-être moins efficace qu'un jugement rendu sur le fond. C'est ce qu'a souligné le juge McNair dans la décision *Montres Rolex S.A. c. Canada*, [1988] 2 C.F. 39 (1<sup>re</sup> inst.), à la page 52:

En général, les ordonnances de la nature des jugements rendus à la suite d'une procédure sommaire, où l'on ne s'est pas prononcé sur les questions en litige, sont tout au plus interlocutoires, et on ne devrait pas leur accorder le caractère final et définitif d'un jugement sur le fond de ces questions: [ . . ]

En tirant cette conclusion, le juge McNair a mentionné la Règle 437 des anciennes *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663], qui autorisait le demandeur à solliciter un jugement par défaut pour la réparation demandée dans la déclaration. L'effet de cette règle ne semble pas différent de celui de l'actuelle [*Règles de*

*Rules, 1998, SOR/98-106*] which allows default to be taken on the statement of claim. The statement of claim in this action is both *in rem* and *in personam*. The plaintiff served the *Nel* and, 30 January 1998, was able to take *in rem* judgment arising out of the mortgage of the *Nel* for the equivalent of \$12,047,788.08. The issue comes down to the effect of the default judgment. The Bank of Scotland submits that it does not bar recovery in debt.

[53] My initial reaction to the argument put forward by the claimants involves the nature of merger of a cause of action in a judgment. The basic proposition as to merger is that when judgment has been given in an action, the cause of action which has resulted in the judgment merges in the judgment with its place being taken by the rights created by the judgment. This is a basic proposition set out in many early cases including in *Greathead v. Bromley* (1798), 7 T.R. 455; 101 E.R. 1073 (K.B.), at page 1074. The result is that a second action may not be brought on that cause of action. Here, as I say, the plaintiff obtained judgment 30 January 1998 in Canadian dollars equivalent of \$12,047,788.08, composed of principle of \$11,250,000, interest on principle to 30 October 1997 in the amount of \$97,790.49, overdrawn accounts totalling \$698,869.60 and interest on the overdrawn accounts, again to 30 October 1997, \$1,127.99. The plaintiff now claims additional amounts which subsequently became owing, including amounts due on the loan account for distress payments and for interest, an additional \$2,076,632.42. It is this last amount, \$2,076,632.42 which the claimants would deny the Bank of Scotland by reason of merger.

[54] The doctrine of merger is bounded by the principle that “there will be no merger unless the cause of action is the same in both actions, and the plaintiff had an opportunity of recovering in the first action (namely the action in which the judgment was

*la Cour fédérale* (1998), DORS/98-106] règle 210, qui autorise qu’un jugement par défaut soit rendu à l’égard d’une déclaration. En l’espèce, la déclaration est à la fois de nature réelle et de nature personnelle. Le *Nel* a reçu signification de la part de la demanderesse et, le 30 janvier 1998, cette dernière a pu obtenir un jugement en matière réelle d’un montant correspondant à 12 047 788,08 \$ en raison de l’hypothèque qu’elle détenait sur le *Nel*. Il s’agit donc de savoir quel est l’effet du jugement par défaut. La Bank of Scotland soutient que le jugement n’empêche pas le recouvrement d’une créance.

[53] Ma réaction initiale à l’argument avancé par les créanciers se rapporte à la nature de la fusion d’une cause d’action dans un jugement. Fondamentalement, lorsqu’un jugement a été rendu dans une action, la cause d’action qui y a donné lieu fusionne avec le jugement et est remplacée par les droits créés par le jugement. Cette règle de base est énoncée dans de nombreuses décisions anciennes, notamment *Greathead v. Bromley* (1798), 7 T.R. 455; 101 E.R. 1073 (K.B.), à la page 1074. Elle a pour résultat qu’on ne saurait intenter une deuxième action fondée sur cette cause d’action. Comme je l’ai dit, la demanderesse ici en cause a obtenu le 30 janvier 1998 un jugement d’un montant correspondant en dollars canadiens à 12 047 788,08 \$ composé du principal de 11 250 000 \$, des intérêts sur le principal jusqu’au 30 octobre 1997, d’un montant de 97 790,49 \$, de comptes à découvert s’élevant en tout à 698 869,60 \$ et des intérêts sur les comptes à découvert, jusqu’au 30 octobre 1997, d’un montant de 1 127,99 \$. La demanderesse réclame maintenant les montants additionnels qui sont subséquentement devenus exigibles, y compris les montants dus sur le compte de prêts à l’égard des paiements effectués en raison de la saisie et des intérêts, c’est-à-dire une somme additionnelle de 2 076 632,42 \$. C’est ce dernier montant de 2 076 632,42 \$ que les créanciers contestent en invoquant la fusion.

[54] La doctrine de la fusion est limitée par le principe selon lequel [TRADUCTION] «il n’y a fusion que si la cause d’action est la même dans les deux actions et si le demandeur a eu la possibilité de recouvrer, dans la première action (soit l’action visée



given) what he seeks to recover in the second;”: 4th ed. of *Halsbury’s Laws of England*, Volume 26, at paragraph 551. Indeed, a plaintiff may bring successive actions, arising out of the same circumstances, so long as those circumstances give rise to different causes of action: *Brunsdon v. Humphrey* (1884), 14 Q.B.D. 141 (C.A.). On this analysis any claims for interest and for items on the running account, arising after the 30 January 1998 default judgment, would still be good claims at a subsequent priorities hearing. This concept allows recovery of post judgment interest as calculated by the Bank of Scotland. However there may be an accounting exercise if there is the issue, which seems not to have been dealt with, as to what portions of the excess now claimed on the loan account, if any, predate the judgment date. Here I would again note that overdrawn accounts, as of 31 October 1997, stood at \$698,869.60, but are presented in a final calculation at \$1,754,747.

[55] Counsel for the plaintiff takes a somewhat different approach, with which I agree, based on Professor Dunlop’s analysis of merger into judgment in *Creditor-Debtor Law in Canada*, 2nd ed., 1995, at page 200 and following. The Dunlop analysis begins with the traditional theory that once a creditor carries an action to judgment the original debt obligation is said to have merged into a judgment debt. This is, as pointed out by Professor Dunlop, all part of the notion of *res judicata*, that once there is a final decision by a judicial tribunal of competent jurisdiction, that disposes of a matter once and for all, so that neither the parties nor their privies may later relitigate the matter. This doctrine has two effects. First, such a decision estops a party from disputing the correctness of the decision in law and in fact, as against other parties and privies to the decision in subsequent litigation, this being the rule of estoppel by *res judicata*. Professor Dunlop then turns to the second and more germane effect of doctrine, that of merger into judgment, as put by George Spencer Bower, and Sir Alexander Turner in *The Doctrine of Res Judicata*,

par le jugement), ce qu’il cherche à recouvrer dans la deuxième;»: 4<sup>e</sup> édition de *Halsbury’s Laws of England*, volume 26, paragraphe 551. De fait, le demandeur peut intenter des actions successives, découlant des mêmes circonstances, dans la mesure où ces circonstances donnent naissance à des causes d’action différentes: *Brunsdon v. Humphrey* (1884), 14 Q.B.D. 141 (C.A.). Selon cette analyse, toute réclamation relative aux intérêts et aux éléments du compte courant, survenant après le jugement par défaut du 30 janvier 1998, pourrait à juste titre être présentée dans le cadre d’une audience subséquente relative à l’ordre de priorité. Cette thèse permet le recouvrement des intérêts après jugement, tels qu’ils ont été calculés par la Bank of Scotland. Toutefois, il peut y avoir reddition de compte si l’on se pose la question de savoir quelles parties de l’excédent maintenant réclamé sur le compte de prêts, le cas échéant, remontent à une date antérieure à celle du jugement, question qui ne semble pas avoir été examinée. Je ferais ici encore une fois remarquer que les comptes à découvert, au 31 octobre 1997, s’élevaient à 698 869,60 \$, mais qu’à la suite d’un calcul final, un montant de 1 754 747 \$ a été soumis.

[55] L’avocat de la demanderesse adopte une approche quelque peu différente, à laquelle je souscris; il se fonde sur l’analyse de la question de la fusion en jugement effectuée par le professeur Dunlop dans l’ouvrage intitulé: *Creditor-Debtor Law in Canada*, 2<sup>e</sup> édition, 1995, aux pages 200 et suivantes. Le professeur Dunlop commence son analyse en se fondant sur la théorie traditionnelle selon laquelle une fois qu’un créancier obtient jugement, la dette initiale est réputée se fondre dans la créance judiciaire. Comme l’a souligné le professeur Dunlop, cela fait partie de la notion de la chose jugée, selon laquelle une fois qu’un tribunal judiciaire compétent a rendu une décision définitive, la question est réglée une fois pour toutes, de sorte que ni l’une ni l’autre partie ou des personnes ayant connexité d’intérêts ne peuvent par la suite plaider de nouveau l’affaire. Cette doctrine comporte deux conséquences. En premier lieu, la décision empêche une partie de contester dans un litige subséquent le bien-fondé de la décision, sur le plan du droit et des faits, à l’encontre des autres parties à la décision et des personnes ayant connexité d’intérêts, ce qui

2nd ed., 1969 [at page 1]:

In the second place, by virtue of the decision the right or cause of action set up in the suit is extinguished, merging in the judgment which is pronounced. *Transit in rem judicatam*. The result is that no further claim may be made upon the same cause of action in any subsequent proceedings between the same parties or their privies.

Professor Dunlop refers to this formulation and to that set out in *King v. Hoare* (1844), 13 M. & W. 494; 153 E.R. 206, at page 210, as statements of the doctrine of merger which go farther than is necessary to prevent plaintiffs suing twice on the same cause of action [at page 202]:

Instead of simply prohibiting repeated lawsuits the judges have tried to accomplish the desired result by creating the fiction that a cause of action merges into the judgment. This roundabout way of dealing with the problem has gotten the courts into considerable unnecessary difficulty, as will be seen below.

The issue can be put simply. What is it that merges into the judgment? The passages quoted above suggest that it is the cause of action which merges in the sense that it is extinguished or replaced by the judgment which is "of a higher nature". It is submitted, however, that the better view is that the cause of action does not vanish entirely but instead survives the judgment, at least for certain purposes. This result may be expressed by saying that the effect of obtaining judgment is to force the judgment creditor to employ the remedies appropriate to a judgment, *i.e.*, execution, receivership and so on, rather than the remedy appropriate to a bare cause of action, namely, the commencement of a lawsuit. In other words, what merges in the judgment is not the cause of action itself but the remedy which accompanies it.

Key here is the concept that it is the remedy which merges with the judgment, not the cause of action itself.

[56] Professor Dunlop refers to a number of English and Canadian cases which can best be explained by

constitue la règle de la fin de non-recevoir fondée sur la chose jugée. Le professeur Dunlop examine ensuite la deuxième conséquence, qui est plus pertinente, à savoir la fusion en jugement, selon l'énoncé qu'en fait George Spencer Bower, et Sir Alexander Turner dans l'ouvrage intitulé: *The Doctrine of Res Judicata*, 2<sup>e</sup> édition, 1969 [à la page 1]:

[TRADUCTION] En second lieu, en vertu de la décision, le droit ou la cause d'action invoquée dans le litige s'éteint et fusionne avec le jugement. *Transit in rem judicatam*. Par conséquent, aucune autre réclamation fondée sur la même cause d'action ne peut être présentée dans des procédures subséquentes entre les mêmes parties ou entre des personnes ayant connexité d'intérêts.

Le professeur Dunlop déclare que cet énoncé et celui qui figure dans la décision *King v. Hoare* (1844), 13 M. & W. 494; 153 E.R. 206, à la page 210, vont plus loin que nécessaire pour empêcher le demandeur d'engager à deux reprises des poursuites fondées sur la même cause d'action [à la page 202]:

[TRADUCTION] Au lieu d'interdire simplement que des poursuites judiciaires soient engagées plus d'une fois, les juges ont tenté d'en arriver au résultat voulu en créant la fiction selon laquelle la cause d'action fusionne avec le jugement. Cette façon détournée de régler le problème a causé inutilement de nombreux ennuis aux tribunaux, comme nous le verrons ci-dessous.

Il est possible d'énoncer la question d'une façon simple. Qu'est-ce qui fusionne avec le jugement? Les passages précités donnent à entendre que c'est la cause d'action, en ce sens qu'elle s'éteint ou qu'elle est remplacée par le jugement, qui est «d'une nature supérieure». Toutefois, nous croyons qu'il est préférable de considérer que la cause d'action ne disparaît pas complètement, mais qu'elle continue plutôt à exister après le prononcé du jugement, du moins à certaines fins. Ce résultat peut être exprimé de la façon suivante: l'obtention du jugement a pour effet de forcer le créancier concerné à employer des recours propres au jugement, c'est-à-dire l'exécution, la mise sous séquestre et ainsi de suite, plutôt que le recours propre à une simple cause d'action, à savoir l'introduction d'une poursuite judiciaire. En d'autres termes, ce n'est pas la cause d'action elle-même qui fusionne avec le jugement, mais le recours qui l'accompagne.

L'idée selon laquelle c'est le recours qui fusionne avec le jugement, plutôt que la cause d'action elle-même, est ici cruciale.

[56] Le professeur Dunlop mentionne un certain nombre d'arrêts anglais et canadiens qui peuvent

assuming that the cause of action, for some purposes, survives the judgment and indeed several cases in which the courts have explicitly espoused the view of remedy merger. Included among these cases is the Ontario Court of Appeal decision in *Thorne v. Ball* (1920), 50 D.L.R. 85 in which Mr. Justice of Appeal Middleton referred to *Price v. Moulton*, an appellate decision reported at (1851), 10 C.B. 561; 138 E.R. 222, in which Mr. Justice Maule notes, at page 227, in connection with a debt secured by a covenant, that judgment “does not merge or extinguish the debt; but it merges the remedy by way of proceeding upon the simple contract”.

[57] In *Thorne v. Ball*, Mr. Justice Middleton also refers to one of the earliest cases, the often cited *King v. Hoare* (1844), 13 M. & W. 494; 153 E.R. 206, at page 210 for the principle that on judgment “the cause of action is changed into matter of record, which is of a higher nature, and the inferior remedy is merged in the higher”. Mr. Justice Middleton, with whom two members of the Court concurred and with the Chief Justice agreeing but for different reasons, summed these quotations up by saying “[t]hese quotations go to show that it is the remedy which is merged, and not the right itself” (page 86 of *Thorne v. Ball*).

[58] Professor Dunlop sums up the cases by observing that [at pages 202-203]:

... it is difficult to understand how the debt can be extinguished by judgment while the collateral security can remain enforceable. On the other hand, the law makes sense if we assume that the debt survives the judgment, at least for the limited purpose of permitting action on the collateral security. Another way to put this conclusion is to say that the creditor and debtor have agreed that in the event of default the creditor will have two remedies, namely, an action on the debt and the additional right to enforce the security.

Key here is Professor Dunlop’s analysis, based on sound precedent, that it is the remedy which merges with the judgment, leaving a debt to survive and where the creditor has more than one remedy, for example enforcement of collateral security, that

mieux s’expliquer si l’on suppose que la cause d’action, à certaines fins, continue à exister après le prononcé du jugement et, de fait, plusieurs arrêts dans lesquels les tribunaux ont expressément adopté l’idée de la fusion du recours, notamment *Thorne v. Ball* (1920), 50 D.L.R. 85, de la Cour d’appel de l’Ontario, dans laquelle le juge Middleton a mentionné la décision rendue en appel dans l’affaire *Price v. Moulton* (1851), 10 C.B. 561; 138 E.R. 222, où le juge Maule fait remarquer, à la page 227, au sujet d’une créance garantie par un engagement, que le jugement [TRADUCTION] «n’absorbe pas ou n’éteint pas la créance, mais absorbe le recours fondé sur le simple contrat».

[57] Dans l’arrêt *Thorne v. Ball*, le juge Middleton renvoie également à l’un des plus anciens arrêts sur la question, qui est souvent cité, *King v. Hoare* (1844), 13 M. & W. 494; 153 E.R. 206, à la page 210, à l’appui du principe selon lequel, lorsqu’un jugement est rendu, [TRADUCTION] «la cause d’action devient une affaire enregistrée auprès d’un tribunal, qui est d’une nature supérieure, le recours inférieur fusionnant avec le recours supérieur». Le juge Middleton, à l’avis duquel deux membres de la Cour souscrivaient, ainsi que le juge en chef, qui se fondait toutefois sur des motifs différents, a résumé ces citations comme suit: [TRADUCTION] «Ces citations montrent qu’il y a fusion du recours plutôt que du droit lui-même» (page 86 de *Thorne v. Ball*).

[58] Le professeur Dunlop résume les arrêts en faisant observer ce qui suit [aux pages 202 et 203]:

[TRADUCTION] [...] il est difficile de comprendre comment le jugement peut éteindre la créance alors qu’il est encore possible de faire valoir la garantie accessoire. Par contre, la chose est sensée si nous supposons que la créance continue à exister après le prononcé du jugement, du moins aux fins restreintes de permettre au créancier d’agir quant à la garantie accessoire. En d’autres termes, cette conclusion consiste à dire que le créancier et le débiteur ont convenu qu’en cas de défaut, le créancier disposera de deux recours, à savoir une action fondée sur sa créance et le droit additionnel de faire valoir sa garantie.

Ce qui est ici crucial, c’est l’analyse du professeur Dunlop, fondée sur des précédents solides, selon laquelle c’est le recours qui fusionne avec le jugement, de sorte que la créance continue à exister, telle quelle, lorsque le créancier dispose de plus d’un recours, par

survives unimpaired.

[59] Professor Dunlop goes on to analyse explanations and theories as to the position of collateral security, an interesting analysis but not germane in this instance. To apply the principle of survival of the debt to sound in another remedy to the present circumstances, certainly the Bank of Scotland obtained a judgment on its debt. However the Bank of Scotland also holds a mortgage which gives rise to a claim against the *res* as represented by the sale proceeds of the *Nel*, in effect a remedy by way of the mortgage, to be exercised, to the full amount owing, in the present priority hearing.

(g) Ranking of the Bank of Scotland's Claim

[60] I now turn to the proposition put forward by *in rem* claimants, who take priority below the Bank of Scotland, that there should be a departure from the usual order of priorities, so the Bank of Scotland would stand below those claimants who do not hold maritime liens.

[61] I considered the equitable jurisdiction of the Court to depart from the usual ranking of maritime priorities in *Scott Steel Ltd. v. Alarissa (The)*, [1996] 2 F.C. 883 (T.D.), at page 896 and following (and indeed did depart from the usual ranking of priorities in *The Atlantis Two* (1999), 170 F.T.R. 1, at page 51 and following). All of this is neatly summed up by Mr. Justice Richard, as he then was, who paraphrased my conclusion as to the law from *The Alarissa, supra* when, on appeal (1997), 125 F.T.R. 284 (F.C.T.D.), at page 288, he said:

The Prothonotary stated that any change in the usual ranking of maritime priorities must be accomplished by the application of equitable principles. On his analysis of *Ship Atlantean I, Re*, [1979] 2 F.C. 661, at 668 (T.D.), and *Metaxas et al. v. Ship Galaxias et al. (No. 2)*, [1989] 1 F.C. 368; 19 F.T.R. 108, at 423 [F.C.] (T.D.), he concluded that the usual priorities ought not to be departed from except

exemple lorsqu'il peut faire valoir une garantie accessoire.

[59] Le professeur Dunlop analyse ensuite les explications et théories relatives à la position de la garantie accessoire; cette analyse est intéressante, mais elle n'est pas pertinente en l'espèce. Si l'on applique aux présentes circonstances le principe selon lequel la créance continue à exister aux fins d'un autre recours, la Bank of Scotland a certes obtenu un jugement à l'égard de sa créance. Toutefois, la banque détient également une hypothèque qui donne naissance à une réclamation portant sur la chose telle qu'elle est représentée par le produit de la vente du *Nel*, ce qui constitue en fait un recours fondé sur l'hypothèque, dont il est possible de se prévaloir, pour le plein montant qui est dû, dans le cadre de la présente audience.

(g) Le rang de la réclamation de la Bank of Scotland

[60] J'examinerai maintenant la thèse avancée par les créanciers en matière réelle, qui viennent après la Bank of Scotland, à savoir que l'on devrait s'écarter de l'ordre de priorité habituel, de façon que la banque vienne après les créanciers qui ne détiennent pas de privilèges maritimes.

[61] J'ai examiné la question de la compétence en *equity* que possède la Cour lorsqu'il s'agit de modifier l'ordre habituel de priorité des privilèges maritimes, dans la décision *Scott Steel Ltd. c. Alarissa (L')*, [1996] 2 C.F. 883 (1<sup>re</sup> inst.), aux pages 896 et suivantes (de fait, la Cour s'est écartée de l'ordre de priorité habituel dans la décision *The Atlantis Two* (1999), 170 F.T.R. 1, aux pages 51 et suivantes). Tout cela est fort bien résumé par le juge Richard (maintenant juge en chef), qui a paraphrasé la conclusion que j'avais tirée quant au droit dans la décision *Alarissa, supra*, lorsqu'il a fait les remarques suivantes en appel (1997), 125 F.T.R. 284 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la page 288:

Selon le protonotaire, toute modification du classement habituel des priorités en matière maritime devait être fondée sur des principes d'*equity*. Après analyse de l'espèce *Navire Atlantean I*, [1979] 2 C.F. 661, à la p. 668 (1<sup>re</sup> inst.) et de *Metaxas et al. c. Navire Galaxias et al. (n° 2)*, [1989] 1 C.F. 368; 19 F.T.R. 108, à la page 423 [C.F.] (1<sup>re</sup> inst.), il est arrivé à la conclusion que l'on ne devrait pas s'écarter de

in very special circumstances and that the powers in equity to upset the long established orders of priority should be exercised only where necessary to prevent an obvious injustice. He also considered the judgment of Mr. Justice Brandon in *Ship Lyrana (No. 2), Re*, [1978] 2 Lloyd's Rep. 30 (Q.B.D. Admiralty Ct.), where the test used was that of a plainly unjust result. He was of the view that the phrasing of the test pointed to a heavy onus on the part of Treasury Branches to upset the usual long-established priorities.

To displace the Bank of Scotland from the usual position below a maritime lien and above a statutory right *in rem*, I must look for very special circumstances. The statutory right *in rem* holders submit that the Bank of Scotland ought to have moved earlier against the *Nel*. They say that if that had in fact been done the suppliers of goods and services might have been put on notice and not have extended their credit. They say it is inequitable that the Bank of Scotland did not do so, for by delaying, and should the Bank of Scotland's priority remain the usual priority, the Bank of Scotland has been enriched to some degree. This principle is summed up in a passage by Gilmore and Black in *The Law of Admiralty*, 2nd ed., 1975, section 9-84, as follows:

Assuming that a mortgagee knows that his mortgagor is in solvent and also knows that the mortgagor, if he continues to operate the vessel, will necessarily run up large bills for supplies and repairs which he will be unable to pay in the ordinary course of business. If, under such circumstances, after default, the mortgagee allows the mortgagor to continue his operations, there would be good reason to hold that the mortgage had lost its priority over the post-mortgage liens. It would make no difference whether the result was rationalized in terms of laches (the prejudice to the lienors is sufficiently obvious) or in terms of subordination on equitable principles.

*The Law of Admiralty* is an American text. And while the passage was quoted with approval in *The Skytron*, 621 F.Supp. 171 (D.C. La. 1985), the test set out by Gilmore and Black would seem a somewhat easier test than that which I arrived at in *The Alarissa*. Indeed, the application of this passage from Gilmore and Black was subsequently criticized in *Alaskan*

l'ordre habituel des priorités si ce n'est en raison de circonstances particulières, et que le pouvoir en *equity* de modifier la collocation établie de longue date ne devrait être exercé que lorsque cela est nécessaire pour empêcher une injustice évidente. Il a aussi examiné le jugement rendu par M. le juge Brandon dans l'affaire *Navire Lyrana (n° 2), Re*, [1978] 2 Lloyd's Rep. 30 (B.R. Cour d'amirauté), où le critère employé était celui du résultat manifestement injuste. Il a exprimé l'avis que, selon ce critère, c'était aux Treasury Branches que revenait la tâche difficile de démontrer l'à-propos d'une modification de l'ordre traditionnel des priorités.

Pour modifier le rang que la Bank of Scotland occuperait habituellement, après un privilège maritime et avant un droit réel prévu par la loi, je dois me fonder sur des circonstances particulières. Les titulaires d'un droit réel prévu par la loi soutiennent que la banque aurait dû prendre plus tôt des mesures contre le *Nel*. Ils affirment que si elle l'avait fait, la situation aurait pu être portée à la connaissance des fournisseurs de marchandises et de services et ceux-ci auraient pu refuser de faire crédit. Ils disent qu'il n'est pas juste que la banque n'ait pas pris de mesures; en effet, si la banque continuait à occuper le même rang, elle s'enrichirait dans une certaine mesure, et ce, parce qu'elle a tardé à agir. Ce principe est résumé comme suit dans un passage de Gilmore et Black dans *The Law of Admiralty*, 2<sup>e</sup> éd., 1975, section 9-84:

[TRADUCTION] Supposons que le créancier hypothécaire sache que le débiteur hypothécaire est insolvable et qu'il sache également que s'il continue à exploiter le navire, le débiteur accumulera nécessairement de gros comptes pour des approvisionnements et des réparations qu'il ne sera pas en mesure de payer dans le cours normal de ses affaires. En pareil cas, si, après qu'il y a eu défaut, le créancier hypothécaire permet au débiteur de poursuivre ses activités, il y aurait légitimement lieu de conclure que l'hypothèque a perdu le rang prioritaire qu'elle occupait par rapport aux privilèges qui venaient après elle. Il importerait peu que l'on explique ce résultat en invoquant le retard indu (le préjudice subi par les titulaires de privilèges est suffisamment évident) ou la subordination fondée sur les principes de l'*equity*.

*The Law of Admiralty* est un ouvrage américain. Le passage a été cité avec approbation dans la décision *The Skytron*, 621 F.Supp. 171 (D.C. La 1985), mais le critère énoncé par Gilmore et Black semblerait un peu moins rigoureux que celui que j'ai énoncé dans la décision *Alarissa*. De fait, par la suite, dans la décision *Alaskan Harvester, The*, [1990] A.M.C. 853,

*Harvester, The*, [1990] A.M.C. 853, a decision of the United States District Court of Seattle, as being “strictly *dictum*” in that foreign law, not American law applied. The facts in *The Skyptron* were quite peculiar in that borrower and lender shared the same office, so that the latter “was close enough to the action to hear the financial wolves at (the mortgagor’s) door yet continued to allow the vessel and its operators to slip further into debt”. Moreover, the duration of the default in *The Skyptron* was about two years, as compared with the 27 May 1997 default by the owners of the *Nel* on the Bank of Scotland mortgage and the arrest of the *Nel* in November of 1997, some five months later.

[62] Certainly, counsel for Alpha Bunkering Co. Ltd., one of the claimants in this matter, does set out warning signs, going back perhaps to the summer of 1996, indicating that the owner of the *Nel* was under pressure from unpaid creditors. Alpha Bunkering, Aktina S.A. and Ashland Chemical Company have compiled two substantial document books: some of the material in those books might be read to indict the Bank of Scotland for delay in moving on its security. As a further basis for upsetting the Bank of Scotland’s priority under their mortgage, Alpha Bunkering has put much effort into a chronology of events which it submits shows that the Bank of Scotland ought to have moved earlier, at a time when other claimants either had less to lose or would have been warned, by a seizure or an arrest, not to extend further credit. Yet, in contrast, Alpha Bunkering received some \$250,000 in payment for fuel in July of 1997. The position of the owners of the *Nel* might be summed up by saying that, during the time period in question, their situation was perhaps not very different from that of many other ship owners. More specifically, the owners of the fleet of which the *Nel* was a part had debts, but they also had employment for their vessels and were considering selling one of their four ships in order to procure additional cash flow. On the part of the Bank of Scotland, it was able to look to various payments to be received by Leond Maritime and here I have in mind not only the proposed sale of the *Angelina L.*, at \$1.45 million and various charter-hire

rendue par la Cour américaine du district de Seattle, l’application de ce passage de Gilmore et Black a été qualifiée de [TRADUCTION] «pure remarque incidente», en ce sens que c’est le droit étranger qui s’appliquait plutôt que le droit américain. Les faits de l’affaire *Skyptron* étaient plutôt particuliers; en effet, l’emprunteur et le prêteur partageaient le même bureau, de sorte que le prêteur [TRADUCTION] «était suffisamment proche pour entendre les loups à la porte (du débiteur hypothécaire); mais il a néanmoins laissé le navire et ses exploitants s’endetter encore plus». En outre, dans l’affaire *Skyptron*, le défaut durait depuis environ deux ans, alors que les propriétaires du *Nel* ont fait défaut le 27 mai 1997 à l’égard de l’hypothèque détenue par la Bank of Scotland et que le *Nel* a été saisi au mois de novembre 1997, soit environ cinq mois plus tard.

[62] À coup sûr, l’avocat d’Alpha Bunkering Co. Ltd., qui est l’un des créanciers en cause, fait état de signes avant-coureurs remontant peut-être à l’été 1996, montrant que des créanciers impayés exerçaient des pressions sur le propriétaire du *Nel*. Alpha Bunkering, Aktina S.A. et Ashland Chemical Company ont préparé deux volumineux recueils de documents: il serait possible de considérer certains documents comme accusant la Bank of Scotland d’avoir tardé à faire valoir sa garantie. Pour justifier encore la modification du rang occupé par la banque en vertu de son hypothèque, Alpha Bunkering a fait beaucoup d’efforts pour établir la chronologie des événements qui, soutient-elle, montre que la banque aurait dû prendre des mesures plus tôt, à un moment où les autres créanciers avaient moins à perdre ou auraient été avertis, par une saisie-arrêt ou par un autre genre de saisie, qu’ils ne devaient plus faire crédit. Pourtant, Alpha Bunkering a néanmoins touché en juillet 1997 environ 250 000 \$ à l’égard du combustible fourni. Il serait possible de résumer la situation des propriétaires du *Nel* en disant que, pendant la période en question, ils n’étaient peut-être pas dans une situation très différente de celle dans laquelle se trouvent de nombreux propriétaires de navires. Plus précisément, les propriétaires de la flotte dont le *Nel* faisait partie avaient des dettes, mais ils exploitaient néanmoins leurs navires et ils envisageaient de vendre l’un de leurs quatre navires afin d’avoir des rentrées de fonds additionnelles. En ce qui concerne la Bank of

payments in July and August of 1997, totalling some \$450,000, as well as some \$2,329,000 in charter revenue received in mid or late June of 1997.

[63] Leaving aside that bankers are in business to support their customers and not to deal with fleets of non-operating ships, the argument that the Bank of Scotland wrongfully delayed in moving against the *Nel* and related vessels is largely based upon supposition, innuendo and assumption. It is up to the party seeking to upset the established order of priorities to clearly demonstrate, without the use of hindsight, the special circumstances and the plainly unjust result. This might have been accomplished by demonstrating first that an earlier movement by the Bank of Scotland, by way of realization proceedings against the fleet, was clearly called for and second, that earlier action by the Bank of Scotland would have materially assisted the claimants. The claimants have not satisfied these criteria.

[64] Also advanced as a reason for a departure from the usual priorities is the argument that the Bank of Scotland did not come with clean hands, having tried to hide a \$1.7 million recovery, the so-called secret profit. Yet the evidence to show the \$1.7 million recovery was there to be explored and, from the Bank of Scotland's point of view, there might be a justification, although not an objective justification. The view I take is that unless there is strong reliable evidence I ought to be slow to depart from the usual priorities. I considered this area at length in *Scott Steel Ltd.*, *supra*. Here I will touch only upon *Metaxas v. Galaxias (The)*, [1989] 1 F.C. 386 (T.D.), a decision of Mr. Justice Rouleau, who formulated the rule, which I take to be the current Canadian rule, in the words "As I understand it, my powers in equity to upset the orders of priority long established in Canadian maritime law should be exercised only where

Scotland, elle prévoyait recevoir diverses sommes de Leond Maritime, et je songe ici non seulement à la vente envisagée de l'*Angelina L.*, au prix de 1,45 million de dollars, mais au paiement de diverses sommes s'élevant en tout à 450 000 \$ résultant du loyer d'affrètement, aux mois de juillet et d'août 1997, ainsi qu'à une somme d'environ 2 329 000 \$ provenant d'affrètements, laquelle a été reçue au milieu ou à la fin du mois de juin 1997.

[63] Indépendamment du fait que les banquiers s'occupent d'aider leurs clients plutôt que de flottes de navires qui ne sont pas exploités, l'argument selon lequel la Bank of Scotland a commis la faute de tarder à prendre des mesures contre le *Nel* et contre les autres navires est dans une large mesure fondé sur des suppositions, des insinuations et des hypothèses. Il incombe à la partie qui cherche à faire modifier l'ordre de priorité établi de démontrer clairement, sans s'appuyer sur une sagesse rétrospective, qu'il existe des circonstances spéciales et que le résultat est manifestement injuste. Il aurait été possible de le faire en démontrant en premier lieu qu'il convenait clairement que la banque agisse plus tôt en engageant des procédures de liquidation contre la flotte et, en second lieu, que si la banque avait agi plus tôt, cela aurait considérablement aidé les créanciers. Or, les créanciers n'ont pas satisfait à ces critères.

[64] Pour justifier la modification de l'ordre de priorité habituel, on a également avancé l'argument selon lequel l'attitude de la Bank of Scotland n'était pas irréprochable, puisque la banque avait tenté de cacher le fait qu'elle avait recouvré une somme de 1,7 million de dollars, le soi-disant profit secret. Pourtant, il existait des éléments de preuve montrant que cette somme avait été recouvrée et sur lesquels il aurait été possible de se fonder et, en ce qui concerne la banque, il existe peut-être une justification, même si elle n'est pas objective. À mon avis, en l'absence d'éléments de preuve substantiels et convaincants, je me dois d'hésiter à modifier l'ordre de priorité habituel. J'ai examiné la question à fond dans la décision *Scott Steel Ltd.*, précitée. Je me contenterai ici de mentionner la décision *Metaxas c. Galaxias (Le)*, [1989] 1 C.F. 386 (1<sup>re</sup> inst.), dans laquelle le juge Rouleau a formulé comme suit la règle qui, selon moi,

necessary to prevent an obvious injustice” (page 423). *The Galaxias* was an instance in which the Greek government made it clear that unless the Greek Seamen’s Union involved, a statutory union analogous to a Canadian Crown Corporation, was paid in full from the sale proceeds of the ship, the Greek government would not close the ship’s Greek registry, thus frustrating the Court ordered transfer of the vessel to new owners. Essentially the Greek government and their Seamen’s Union sought to have the Federal Court adjudicate the merits of its claim, but also intended to exert pressure “tantamount to black-mail” in the event that the Court did not recognize the claim of the Seamen’s Union: at page 426 of *The Galaxias*.

[65] *The Galaxias* is a clear example of what is not the special circumstance needed to upset established priorities. While the Bank of Scotland failed in its effort to exempt a profit of \$1.7 million from an accounting of realization on its mortgage security, its transgression was mild compared with that which occurred in *The Galaxias* and which did not result in priorities being upset. This failed effort to exempt a profit does not constitute a very special circumstance in which priorities ought to be departed from in order to prevent an obvious injustice.

[66] Considering all of the surrounding facts I do not see any very special circumstances constituting an obvious injustice justifying a departure from the usual priorities. To say the Bank of Scotland ought to have moved earlier, say in August of 1997, immediately after Alpha Bunkering received some \$250,000 in payment from owners, places far too high a standard of hindsight on the Bank of Scotland. In instituting the present *in rem* action, 12 November 1997, the Bank made a reasonable decision. I am not prepared, in this

s’applique à l’heure actuelle au Canada: «Sauf erreur, les pouvoirs dont je dispose en *equity* pour modifier l’ordre de priorité établi depuis longtemps en droit maritime canadien ne devraient être exercés que lorsque cela est nécessaire pour empêcher une injustice flagrante» (page 423). Dans l’affaire *Galaxias*, le gouvernement grec avait clairement fait savoir qu’à moins que le syndicat des marins grecs, qui était un syndicat créé par la loi semblable à une société d’État canadienne, ne soit payé au complet à l’aide du produit de la vente du navire, le certificat de radiation du navire ne serait pas enregistré en Grèce, de sorte que l’ordonnance judiciaire prévoyant le transfert du navire aux nouveaux propriétaires ne pourrait pas être exécutée. Fondamentalement, le gouvernement grec et le syndicat des marins demandaient à la Cour fédérale de statuer au fond sur la réclamation, mais ils voulaient également exercer des pressions «équiva[lant] à un chantage» au cas où la Cour refuserait de reconnaître la réclamation du syndicat: *Galaxias*, à la page 426.

[65] L’affaire *Galaxias* constitue un exemple clair de ce qui ne constitue pas une circonstance spéciale justifiant la modification de l’ordre de priorité établi. La Bank of Scotland a échoué lorsqu’elle a tenté de soustraire un profit de 1,7 million de dollars à la reddition de compte relative aux sommes qu’elle avait réalisées en vertu de sa garantie hypothécaire, mais la faute était peu importante comparativement à ce qui s’était passé dans l’affaire *Galaxias*, et où, pourtant, l’ordre de priorité n’avait pas été modifié. Cette tentative ratée visant à soustraire un profit ne constitue pas une circonstance particulière permettant de modifier l’ordre de priorité afin d’éviter une injustice flagrante.

[66] Compte tenu des faits dans leur ensemble, je ne puis constater l’existence d’aucune circonstance particulière créant une injustice flagrante qui justifie la modification de l’ordre de priorité habituel. Dire que la Bank of Scotland aurait dû agir plus tôt, par exemple au mois d’août 1997, immédiatement après qu’Alpha Bunkering eut reçu environ 250 000 \$ des propriétaires, c’est imposer après coup une norme beaucoup trop rigoureuse à la banque. En intentant la présente action réelle, le 12 novembre 1997, la banque



instance, to displace the usual priority which the Bank of Scotland ought to be accorded.

(h) Summary of Amounts Payable to the Bank of Scotland

[67] The Bank of Scotland is entitled to claim the amount as presented on 4 January 1999, less various deductions, but augmented by payments made on account of crew wages and costs of sale.

[68] To be more specific the Bank claimed a total, principle on the loan, loan account and distress payments and accrued interest, as of 4 January 1999, in the amount of \$14,124,420.50, together with crew wages and sale costs of \$71,067.09, a total of \$14,195,487.59.

[69] The first deduction is the *Blue L.* resale recovery of \$1,665,249.40, leaving a balance of \$12,530,238.19. From this sum there must also be a deduction for various amounts received from the sale of the balance of the fleet, including the advance received on the *Nel*, a total of \$10,211,397. This reduces the Bank's claim, under its fleet mortgage, to \$2,318,841.19. This is clearly in excess of any amount which might be left over on the sale of the *Nel* after prior claimants have been paid. Thus the Bank of Scotland is entitled to any surplus after payment out of such claims as stand ahead of it.

[70] As to interest, it would continue to run on the mortgage on the rate agreed between the Bank of Scotland and its customer. As to the wage and sale costs item, interest would run at 7% to 3 December 1997 and thereafter at the average rate on the sale proceeds of the *Nel* as held in the interest bearing account.

Claim of Alpha Bunkering

[71] Alpha Bunkering, of Piraeus, Greece, at the request of Mr. Liondaras, said to be the directing mind

a pris une décision raisonnable. En l'espèce, je ne suis pas prêt à modifier le rang que la Bank of Scotland devrait se voir attribuer.

h) Sommaire des montants à payer à la Bank of Scotland

[67] La Bank of Scotland a le droit de réclamer le montant soumis le 4 janvier 1999, moins diverses déductions, plus les sommes payées au titre des salaires de l'équipage et des frais de vente.

[68] Plus précisément, la banque a réclamé le principal sur le prêt, le compte de prêts et les paiements effectués en raison de la saisie et les intérêts courus, au 4 janvier 1999, soit en tout le montant de 14 124 420,50 \$, ainsi que les salaires de l'équipage et les frais de vente, de 71 067,09 \$, ce qui correspond en tout à 14 195 487,59 \$.

[69] La première déduction se rapporte au recouvrement de la somme de 1 665 249,40 \$ lors de la revente du *Blue L.*, de sorte qu'il reste un solde de 12 530 238,19 \$. De cette somme, il faut également déduire divers montants touchés lors de la vente du reste de la flotte, y compris les avances reçues à l'égard du *Nel*, soit un montant de 10 211 397 \$ en tout. Cela réduit donc à 2 318 841,19 \$ la créance de la banque, en vertu de l'hypothèque qu'elle détient sur la flotte. Cette somme excède clairement tout montant qui pourrait rester de la vente du *Nel* une fois que les créanciers occupant un rang prioritaire auront été désintéressés. Par conséquent, la banque a droit à tout excédent une fois payées les créances qui viennent avant la sienne.

[70] Quant aux intérêts, ils continueront à courir sur l'hypothèque, au taux convenu entre la Bank of Scotland et son client. En ce qui concerne les salaires et les frais de vente, les intérêts s'accumuleront au taux de 7 p. 100 jusqu'au 3 décembre 1997, et par la suite au taux moyen sur le produit de la vente du *Nel* déposé dans le compte portant intérêt.

Réclamation d'Alpha Bunkering

[71] À la demande de M. Liondaras, qui serait l'âme dirigeante des propriétaires du *Nel*, Alpha Bunkering,

of the owners of the *Nel*, supplied bunker fuel through a subcontractor at Balboa, Panama, on 27 July 1997, in the amount of \$168,174.53. Alpha Bunkering takes the position that the supply of bunkers resulted in a maritime lien either under Panamanian or American law.

[72] I have considered the expert affidavit of Daniel Tadros, filed on behalf of Alpha Bunkering and also the expert affidavit of Alan Pragg, filed on behalf of Ashland Chemical Company, which has bearing not only on the claim of Ashland, but also upon the claim of Alpha Bunkering. I have also considered, but rejected, the view of Juan Morgan, who was of the opinion that Panamanian law gave the specific maritime lien which ought to be relied upon for fuel supplied. I have concluded, on the basis of the jurisdiction clause of the subcontractor who supplied the fuel which the owner of the *Nel* ordered from Alpha Bunkering, that American law applies and Alpha Bunkering holds a maritime lien. All of this requires a fuller explanation.

[73] The request for bunkers for the *Nel*, to be supplied in Panama, came from owners and was confirmed by Alpha Bunkering, of Piraeus, in a telex of 25 July 1997. The telex specifically noted that the supply was subject to the local terms and conditions of the fuel agent who would make the actually physical delivery. Alpha Bunkering arranged for the supply of fuel through Costal Refining and Marketing Inc., an American company, which had its Panamanian subsidiary, Costal Energy of Panama Inc., physically supply the fuel.

[74] Here I should touch briefly upon the Alpha Bunkering invoice of 12 August 1997 for the supply of fuel to the *Nel*, in the amount of \$168,174.53 which, by the confirmation of bunkering nomination, was payable within 45 days. Interest is claimed at 2% per month as deposed to by Mr. Karatza, a Director of Alpha Bunkering. The interest rate is also confirmed by the amount of the postdated cheque, later dishonoured, written for the bunkers by the owner of the *Nel*.

du Pirée, en Grèce, a fourni des soutes par l'entremise d'un sous-traitant, à Balboa, Panama, le 27 juillet 1997, au prix de 168 174,53 \$. Alpha Bunkering soutient que la fourniture des soutes a entraîné la création d'un privilège maritime en vertu du droit panaméen ou du droit américain.

[72] J'ai examiné l'affidavit de l'expert Daniel Tadros, déposé pour le compte d'Alpha Bunkering, ainsi que l'affidavit de l'expert Alan Pragg, déposé pour le compte d'Ashland Chemical Company et qui portait non seulement sur la réclamation d'Ashland, mais aussi sur celle d'Alpha Bunkering. J'ai également examiné, tout en le rejetant, l'avis de Juan Morgan, qui estimait que, sous le régime du droit de Panama, il existait un privilège maritime précis qui devrait s'appliquer au combustible fourni. En me fondant sur la clause de compétence relative au sous-traitant qui a fourni le combustible que le propriétaire du *Nel* avait commandé à Alpha Bunkering, j'ai conclu que c'est le droit américain qui s'applique et qu'Alpha Bunkering est titulaire d'un privilège maritime. Des explications additionnelles s'avèrent nécessaires à ce sujet.

[73] La demande de fourniture des soutes au *Nel*, à Panama, avait été faite par les propriétaires et confirmée par Alpha Bunkering, du Pirée, dans un télex en date du 25 juillet 1997. Le télex stipulait expressément que la fourniture était assujettie aux conditions locales exigées par l'agent qui ferait la livraison comme telle du combustible. Alpha Bunkering a pris des dispositions pour que le combustible soit fourni par l'entremise de Coastal Refining and Marketing Inc., une société américaine, qui a demandé à sa filiale panaméenne, Coastal Energy of Panama Inc., de faire la livraison comme telle du combustible.

[74] Je parlerai ici brièvement du compte de 168 174,53 \$ du 12 août 1997 d'Alpha Bunkering, se rapportant à la fourniture du combustible au *Nel*, lequel compte était, selon la confirmation de la désignation d'un fournisseur, payable dans un délai de 45 jours. Des intérêts sont exigés au taux mensuel de 2 p. 100, comme l'a déclaré un administrateur d'Alpha Bunkering, M. Karatza. Le montant du chèque postdaté émis par le propriétaire du *Nel* pour les soutes, lequel n'a pas été honoré, confirme également ce taux d'intérêt.

[75] Alpha Bunkering takes several approaches to establishing a maritime lien, first under Panamanian law, second under contractual terms, and third under American law. I accept that the supply of bunkers in Panama gives rise to a maritime lien under Article 1507 of the *Commercial Code of Panama*. However, the parties to the transaction stipulated American law to apply, thus negating the effect of the *Commercial Code of Panama*.

[76] Alpha Bunkering's experts rely upon in the standard provisions of Coastal Energy of Panama Inc. as to the application of American law and a contractual maritime lien, in the following passage:

Buyer, on behalf of itself and the owner of the vessel, represents and agrees that the delivery of marine fuel oil hereunder to the vessel shall create a valid maritime lien in favour of Seller. This agreement, its performance and enforcement shall be governed and determined by the maritime law of the United States of America, regardless of the law of the forum in which any proceeding is instituted relating to this contract or to any vessel to which deliveries are made hereunder.

Alpha Bunkering also referred to two bunkering certificates, one for a small amount of light oil and the other for bunker fuel, both signed by either the Master or the Chief Officer. Those bunkering certificates incorporate both American law and the terms of Coastal Energy of Panama Inc. and specifically refer to a maritime lien against the *Nel*.

[77] Suppliers of marine fuel, who often, in order to compete, extend credit to ship owners, are wise to the advantages they might gain (and perhaps one day have to rely upon) through a maritime lien for the price of the fuel. Among the ways that a maritime lien may be obtained are through supplying fuel in a jurisdiction favourable to the fuel supplier or through the order being routed through a jurisdiction which will result in a maritime lien, or perhaps by contracting for such a lien. Here I would note specifically that an offshore necessities supplier, such as a supplier of fuel, operating from a jurisdiction which does not grant maritime

[75] Alpha Bunkering adopte plusieurs approches en vue d'établir l'existence d'un privilège maritime: premièrement en vertu du droit panaméen, deuxièmement en vertu des dispositions contractuelles et troisièmement en vertu du droit américain. Je reconnais que la fourniture des soutes à Panama crée un privilège maritime en vertu de l'article 1507 du *Commercial Code of Panama*. Toutefois, les parties ont stipulé que c'était le droit américain qui régissait l'opération, de sorte que le *Commercial Code of Panama* ne s'appliquait pas.

[76] Les experts d'Alpha Bunkering se fondent sur les dispositions type établies par Coastal Energy of Panama Inc., au sujet de l'application du droit américain et de l'existence d'un privilège maritime contractuel, lesquelles sont énoncées dans le passage suivant:

[TRADUCTION] L'acheteur, pour son propre compte et pour le compte du propriétaire du navire, déclare et convient que la livraison du mazout au navire en vertu des présentes créera un privilège maritime valide en faveur du vendeur. La présente entente ainsi que son exécution et son application seront régies par le droit maritime des États-Unis d'Amérique, indépendamment du droit du ressort où des procédures sont engagées à l'égard du présent contrat ou de tout navire auquel la livraison est effectuée en vertu des présentes.

Alpha Bunkering a également mentionné deux certificats de soutage, l'un pour une petite quantité de fuel léger et l'autre pour des soutes, ces certificats étant signés par le capitaine ou par l'officier en second. Les certificats incorporent le droit américain et les conditions établies par Coastal Energy of Panama Inc. et font expressément mention de l'existence d'un privilège maritime sur le *Nel*.

[77] Les fournisseurs de combustible qui, dans bien des cas, afin d'être compétitifs, font crédit aux propriétaires de navires sont parfaitement au courant des avantages dont ils pourraient bénéficier (et qu'ils pourraient bien un jour devoir invoquer) s'ils détiennent un privilège maritime pour le prix du combustible. Il est notamment possible d'obtenir un privilège maritime en fournissant le combustible là où le droit est favorable au fournisseur, en faisant passer la commande par un pays où un privilège maritime sera créé ou peut-être en concluant un contrat créant ce privilège. Je ferais ici expressément remarquer qu'un

liens for necessities, using an American agent, who in turn supplies the actual necessities in an offshore port, may claim an American maritime lien, a concept extensively explored in *Fraser Shipyard and Industrial Centre Ltd. v. The Atlantis Two*, *supra*, at page 27 and following. There I accepted the view of Charles S. Donovan of the Walsh Donovan firm in San Francisco and indeed set out a portion of his affidavit of expert evidence, by which he concluded and I accepted that a Norwegian necessities suppliers, operating through an American agent, had a maritime lien whether or not the necessities were supplied at an American port. This is consistent with expert evidence filed by claimants in the present proceeding.

[78] There is one point in opposition to the priority of Alpha Bunkering's claim that must be touched upon. The American law expert retained by the Bank of Scotland, Alfred Yudes Jr. of New York, sets out that while a necessities supplier in the United States has a maritime lien, with a priority ahead of a foreign preferred mortgage, the situation is different when the necessities are furnished outside the United States. The maritime lien for necessities delivered outside the United States ranks after a foreign preferred mortgage. In general principle here, well established, is that only a limited number of so-called American maritime liens outrank a mortgage. One might categorize American maritime liens as preferred American maritime liens and an ordinary American maritime lien, however the latter is not analogous to our statutory right *in rem*. The answer to this issue may be found in *The Strandhill v. Walter W. Hodder Co.*, [1926] S.C.R. 680 and in *The Ioannis Daskalelis*.

fournisseur étranger d'approvisionnements nécessaires, comme le fournisseur de combustible, qui exerce ses activités dans un pays où aucun privilège maritime n'est accordé pour les approvisionnements nécessaires, en ayant recours à un agent américain, ce dernier fournissant de son côté les approvisionnements comme tels dans un port étranger, peut faire valoir un privilège maritime américain; cette thèse a été examinée à fond dans la décision *Fraser Shipyard and Industrial Centre Ltd. c. L'Atlantis Two*, précitée, aux pages 27 et suivantes. Dans cette décision-là, j'ai retenu l'avis exprimé par Charles S. Donovan, de la maison Walsh Donovan, à San Francisco, et j'ai de fait cité une partie de l'affidavit qu'il avait déposé à titre d'expert, dans lequel il déclarait que le fournisseur norvégien d'approvisionnements nécessaires, qui exerçait ses activités par l'entremise d'un agent américain, détenait un privilège maritime, et ce, peu importe que les approvisionnements aient été fournis dans un port américain ou ailleurs; j'ai retenu cet avis. Cela est conforme à la preuve d'expert présentée par les créanciers en l'espèce.

[78] Il importe de traiter d'une question qui a été soulevée à l'encontre de l'attribution d'un rang prioritaire à la créance d'Alpha Bunkering. L'expert en droit américain dont la Bank of Scotland a retenu les services, Alfred Yudes fils, de New York, déclare qu'aux États-Unis, le fournisseur d'approvisionnements nécessaires possède un privilège maritime prenant rang avant une hypothèque privilégiée étrangère, mais qu'il n'en va pas de même lorsque les approvisionnements sont fournis en dehors des États-Unis. Le privilège maritime se rapportant aux approvisionnements nécessaires livrés en dehors des États-Unis vient après une hypothèque privilégiée étrangère. Le principe général applicable en l'espèce, qui est bien établi, est qu'un nombre restreint seulement de soi-disant privilèges maritimes américains viennent avant une hypothèque. Il serait possible de classer par catégories les privilèges maritimes américains en privilèges maritimes prioritaires ou en privilèges maritimes ordinaires, mais ces derniers ne sont pas analogues à notre droit réel prévu par la loi. La réponse à cette question se trouve dans les arrêts *The Strandhill v. Walter W. Hodder Co.*, [1926] R.C.S. 680, et *l'Ioannis Daskalelis*.

[79] Canadian courts, dealing with American *in rem* claims, have determined the substantive right that is being brought into the jurisdiction and have then placed that right in an appropriate position in the Canadian framework of priorities, generally a fairly basic mechanical process. However one should look closely at the American maritime lien.

[80] The lien under which Alpha Bunkering claims is not a preferred maritime lien, both I think in the sense that it attached after the Bank of Scotland's mortgage was registered: see for further material on this Tetley's second edition of *Maritime Liens and Claims*, at page 875. Further, according to Mr. Yudes, the maritime lien for necessities furnished offshore similarly stands behind a preferred mortgage.

[81] The Supreme Court dealt with a maritime lien which was not a preferred lien in *The Ioannis Daskalelis*, where the vessel was encumbered by a prior mortgage. On this basis the lien of Todd Shipyards Corporation, which it sought to enforce in Canada, was not a preferred maritime lien. The Supreme Court of Canada recognized that the maritime lien did not take priority over a mortgage in the United States, yet the American priority did not form a part of the Court's decision. The Court merely recognized the right as a maritime lien and then placed that right in the Canadian priorities framework. In the present instance I recognize the lien claimed by Alpha Bunkering as a maritime lien, travelling with the ship. In the Canadian system of priorities, while the Alpha Bunkering lien is not a preferred maritime lien, it still ranks ahead of the Bank of Scotland's mortgage.

[82] I have considered various of the other points raised by Mr. Yudes, in his affidavit. They are in some instances arguable points and in other instances issues of fact which it is for this Court to determine. Overall I prefer the views of Daniel Tadros and of Alan Van Praag, on whose expert opinions Alpha Bunkering relies.

[79] En ce qui concerne les créances réelles américaines, les tribunaux canadiens ont déterminé le droit quant au fond revendiqué dans leur ressort et ont alors attribué à ce droit le rang qui convenait dans le contexte canadien des priorités, ce qui est en général un processus mécanique assez simple. Toutefois, il importe d'examiner de près le privilège maritime américain.

[80] Le privilège invoqué par Alpha Bunkering n'est pas un privilège maritime prioritaire en ce sens qu'à mon avis, il a pris naissance après l'enregistrement de l'hypothèque de la Bank of Scotland: voir pour plus de détails sur ce point la deuxième édition de Tetley, *Maritime Liens and Claims*, à la page 875. En outre, selon M. Yudes, le privilège maritime relatif aux approvisionnements nécessaires fournis à l'étranger prend lui aussi rang après une hypothèque privilégiée.

[81] La Cour suprême a examiné la question du privilège maritime qui n'est pas un privilège prioritaire dans l'arrêt *Ioannis Daskalelis*, où le navire était grevé d'une hypothèque antérieure. Cela étant, le privilège que Todd Shipyards Corporation cherchait à faire valoir au Canada n'était pas un privilège maritime prioritaire. La Cour suprême du Canada a reconnu qu'aux États-Unis, le privilège maritime ne venait pas avant une hypothèque; pourtant la question de la priorité aux États-Unis ne faisait pas partie de la décision rendue par la Cour. La Cour a simplement reconnu le droit à titre de privilège maritime et a ensuite attribué un rang à ce droit dans le contexte canadien des priorités. En l'espèce, je reconnais que le privilège invoqué par Alpha Bunkering est un privilège maritime qui est rattaché au navire. Selon le système canadien des priorités, le privilège d'Alpha Bunkering n'est pas un privilège maritime prioritaire, mais il vient néanmoins avant l'hypothèque de la Bank of Scotland.

[82] J'ai examiné plusieurs autres questions que M. Yudes a soulevées dans son affidavit. Il s'agit dans certains cas de points contestables et dans d'autres cas, de questions de fait qu'il appartient à la Cour de trancher. Dans l'ensemble, je retiens les avis des experts Daniel Tadros et Alan Van Praag, sur lesquels Alpha Bunkering se fonde.

[83] To summarize the recovery of Alpha Bunkering from the sale proceeds of the *Nel*, it is \$168,174.53 principle, together with interest at 2% per month from 26 September 1997, being 45 days after the invoice date of 12 August 1997.

#### Claim of Aktina S.A.

[84] Aktina S.A. of Piraeus, Greece, is a travel agent. Its business includes the supply of air travel tickets for the movement of both crews and ship company personnel to and from ships, on a worldwide basis.

[85] On 19 August 1996, Aktina and Leond Maritime Inc., owners of the fleet of which the *Nel* was a part, entered into an agreement, styled as a "Cooperation Agreement" whereby, on instructions from Leond, Aktina would organize travels and purchase tickets. Leond was to pay accounts promptly, by the 15th of the month for tickets supplied in the previous month, failing which any discounts would be cancelled. This agreement sets out a ticketing supply and payment procedure which, if adhered to by the parties, would result in a pure *in personam* claim, with no *in rem* facet to give rise to a maritime lien. This does prove an answer, however the claim also deserves further exploration.

[86] Aktina was left with an outstanding account of 198,738,600 drachmas, being \$692,206.54. Against this total claim Aktina has made recovery in relation to the *Anna L.* and has recouped \$98,650 on the *Blue L.* claim, now abandoning that claim. Thus the claim of Aktina is now presented at approximately \$530,000. However, most of that account was for crew movement to and from other vessels, said to be sister ships. Only \$57,938.56 relates to crew movement associated with the *Nel*.

[87] Aktina says that the ships in relation to which it supplied tickets were 9 vessels managed by Leond

[83] En résumé, la somme recouvrée par Alpha Bunkering sur le produit de la vente du *Nel* s'élève quant au principal à 168 174,53 \$, avec des intérêts au taux mensuel de 2 p. 100 à compter du 26 septembre 1997, soit 45 jours après la date de la facture du 12 août 1997.

#### Réclamation d'Aktina S.A.

[84] Aktina S.A., du Pirée, en Grèce, est un agent de voyages qui s'occupe notamment de fournir des billets d'avion pour que les équipages et le personnel de sociétés maritimes puissent joindre les navires et en revenir, et ce, n'importe où au monde.

[85] Le 19 août 1996, Aktina et Leond Maritime Inc., propriétaire de la flotte dont le *Nel* faisait partie, ont conclu une entente intitulée: [TRADUCTION] «Entente de collaboration» selon laquelle, sur les instructions de Leond, Aktina devait organiser les voyages et acheter les billets. Leond devait acquitter les comptes à bref délai, au plus tard le 15<sup>e</sup> jour du mois suivant le mois au cours duquel les billets avaient été fournis, à défaut de quoi tout rabais était annulé. Cette entente énonce une procédure de fourniture des billets et de paiement qui, si les parties s'y conformaient, donnait naissance à une simple créance personnelle ne comportant aucun élément réel susceptible de créer un privilège maritime. Cela répond donc à la question, mais il convient d'examiner la réclamation plus à fond.

[86] Aktina avait un compte impayé de 198 738 600 drachmes, ce qui correspond à 692 206,54 \$. Sur ce total, Aktina a recouvré les sommes qui lui étaient dues à l'égard de l'*Anna L.* et a récupéré 98 650 \$ à l'égard de la réclamation relative au *Blue L.*; elle a maintenant abandonné cette dernière réclamation. Par conséquent, Aktina présente maintenant une réclamation s'élevant à environ 530 000 \$. Toutefois, ce compte se rapporte en majeure partie aux déplacements aller et retour des membres de l'équipage d'autres navires qui seraient apparemment des navires frères. Seule une somme de 57 938,56 \$ se rapporte aux déplacements de l'équipage du *Nel*.

[87] Aktina affirme que les 9 navires pour lesquels elle a fourni des billets étaient gérés par Leond

Maritime Inc., the *Nel*, *Blue L.*, *Anna L.*, *Angelina L.*, *Katrina L.*, *Enarxis*, *Margo L.*, *Sea L.* and *Nikolaos L.* Aktina admits that each of the nine ships operated by Leond was owned by a separate company, but submits, on the basis of an oral representation made by Mr. Leondaras to Mr. Zerzivilis, managing director of Aktina, that they were all beneficially owned by Mr. Efstratios Leondaras. This was apparently done in conjunction with a Debt Recognition Agreement of 10 October 1997 given by Mr. Leondaras on behalf of each of the nine ship owning companies. The agreement does not specifically set out the ownership of the companies or that the vessels are sisterships. It does, however, provide, in the certified translation, that the companies are jointly and severally liable for the entire debt: there is no *in rem* aspect to the agreement.

[88] On the basis of *The Ioannis Daskalelis*, *supra*, an offshore maritime lien may be brought into Canada to be enforced procedurally as a maritime lien even though the services rendered or the necessities supplied giving rise to the offshore maritime lien would not give rise to a maritime lien in Canada.

[89] In the present instance all of the factors involved the parties to this enterprise, to provide airline tickets, are connected with Greece save that several of the ships, including the *Nel*, were registered in Cyprus. I am satisfied that the proper law of the contract, between Aktina S.A. and Leond, is Greece.

[90] Aktina submits that in the case of crew change requirements, either the master or personnel from Leond Maritime Inc. would determine what crew changes were required and then Leond would make the travel arrangements with Aktina S.A. Aktina goes on to advise that while they do not have access to the documents of Leond, it would in their view be common for the master of a ship to fax crew change requirements to Leond, which would then make the appropriate arrangements with Aktina. Further that

Maritime Inc.; il s'agit du *Nel*, du *Blue L.*, de l'*Anna L.*, de l'*Angelina L.*, du *Katrina L.*, de l'*Enarxis*, du *Margo L.*, du *Sea L.* et du *Nikolaos L.* Aktina admet que chacun des neuf navires exploités par Leond appartenait à une société distincte, mais en se fondant sur une déclaration orale que M. Leondaras a faite à l'administrateur délégué d'Aktina, M. Zerzivilis, elle soutient que M. Efstratios Leondaras était le véritable propriétaire de ces navires. La déclaration a apparemment été faite au moment où M. Leondaras a remis une reconnaissance de dette en date du 10 octobre 1997 pour le compte de chacune des neuf sociétés propriétaires de navire. Ce document ne précise pas qui est propriétaire des sociétés ou que les navires sont des navires frères. Selon la traduction certifiée conforme, le document stipule toutefois que les sociétés sont conjointement et individuellement responsables de toute la dette: l'entente ne comporte aucun élément réel.

[88] Conformément à l'arrêt *Ioannis Daskalelis*, précité, il est possible de faire valoir, sur le plan de la procédure, un privilège maritime étranger au Canada à titre de privilège maritime même si les services rendus ou les approvisionnements nécessaires donnant naissance au privilège maritime étranger ne créaient pas de privilège maritime au Canada.

[89] En l'espèce, tous les facteurs concernant les parties à cette entreprise, aux fins de la fourniture des billets d'avion, se rattachent à la Grèce, même si plusieurs navires, dont le *Nel*, sont immatriculés à Chypre. Je suis convaincu que le droit qu'il convient d'appliquer au contrat, entre Aktina S.A. et Leond, est le droit grec.

[90] Aktina soutient que s'il s'avérait nécessaire de changer d'équipage, le capitaine ou le personnel de Leond Maritime Inc. décidait des changements nécessaires et Leond organisait ensuite le voyage avec elle. Aktina affirme ensuite qu'elle n'a pas accès aux documents de Leond, mais qu'à son avis, le capitaine d'un navire faisait habituellement parvenir une télécopie à Leond au sujet des changements nécessaires et que Leond prenait ensuite les dispositions appropriées avec elle. En outre, un contrat d'engagement était

crew engagement contracts would typically be made between the master of each vessel and each crew member. All of this, except the evidence that Leond would make the actual travel arrangements with Aktina, while perhaps possible, is pure conjecture.

[91] Aktina relies upon the expert affidavit as to law of Rania Vilentis, who practices in the areas of maritime, admiralty, commercial and banking law. I accept that she is qualified as an expert in the relevant area, that is as to maritime liens under Greek law.

[92] Mrs. Vilentis sets out various claims recognized under the Greek Code of Private Maritime Law, Article 205, as maritime liens, ranking ahead of a mortgage, however the supply of necessaries does not appear to fall within Article 205. Mrs. Vilentis goes on to say that claims in addition to those set out in Article 205 are considered as maritime liens under Greek law so long as they fall within Article 2 of the *International Convention for the Unification of Certain Rules Relating to Maritime Liens and Mortgages and Protocol of Signature*, Brussels, April 10, 1926, being the Brussels Convention of 10 April 1926. Article 2 of the Brussels Convention provides, in part:

*Article 2*

The following give rise to maritime liens on a vessel, on the freight for the voyage during which the claim giving rise to the lien arises, and to the accessories of the vessel and freight accrued since the commencement of the voyage:

. . .

(5) Claims resulting from contracts entered into or acts done by the master, acting within the scope of his authority, away from the vessel's home port, where such contracts or acts are necessary for the preservation of the vessel or the continuation of its voyage, whether the master is or is not at the same time owner of the vessel, and whether the claim is his own or that of shipchangers, repairers, lenders, or other contractual creditors.

[93] In support of proposition that Article 2 of the Brussels Convention is incorporated into Greek law,

normalement conclu entre le capitaine et chaque membre d'équipage du navire. Tout cela, à l'exception de la preuve selon laquelle c'était Leond qui organisait de fait les voyages avec Aktina, tout en étant possible, n'est que pure conjecture.

[91] Aktina se fonde sur l'affidavit d'expert quant au droit fourni par Rania Vilentis, qui est spécialisée en droit maritime, en droit de l'amirauté, en droit commercial et en droit bancaire. Je reconnais que M<sup>me</sup> Vilentis a compétence à titre d'expert dans le domaine pertinent, c'est-à-dire en ce qui concerne la question des privilèges maritimes sous le régime du droit grec.

[92] M<sup>me</sup> Vilentis fait état de diverses créances reconnues en vertu de l'article 205 du Code grec de droit maritime privé à titre de privilège maritime prenant rang avant une hypothèque, mais la fourniture d'approvisionnements nécessaires ne semble pas être visée par l'article 205. M<sup>me</sup> Vilentis déclare ensuite que les créances qui ne sont pas mentionnées dans l'article 205 sont considérées comme des privilèges maritimes sous le régime du droit grec dans la mesure où elles sont visées par l'article 2 de la *Convention internationale pour l'unification de certaines règles relatives aux privilèges et hypothèques maritimes et protocole de signature*, Bruxelles, 10 avril 1926, connue sous le nom de Convention de Bruxelles, en date du 10 avril 1926. L'article 2 de la Convention de Bruxelles prévoit notamment ce qui suit:

*Article 2*

Sont privilégiés sur le navire, sur le fret du voyage pendant lequel est née la créance privilégiée et sur les accessoires du navire et du fret acquis depuis le début du voyage:

[. . .]

5) Les créances provenant des contrats passés ou d'opérations effectuées par le capitaine hors du port d'attache, en vertu de ses pouvoirs légaux, pour les besoins réels de la conservation du navire ou de la continuation du voyage, sans distinguer si le capitaine est ou non en même temps propriétaire du navire et si la créance est la sienne ou celle des fournisseurs, réparateurs, prêteurs ou autres contractants.

[93] À l'appui de la thèse selon laquelle l'article 2 de la Convention de Bruxelles est incorporé au droit



Mrs. Vilentis provides an extract from a Greek Supreme Court decision. This decision, identified as No. 229 of 1983 sets out, relying upon earlier decisions, apparently of a Greek Court of Appeal, that where an offshore company sells and delivers to the master of a ship, the master acting within the scope of his authority, food, material and supplies, so that the ship may be preserved and continue on its voyage, the supplier enjoys a lien ranking ahead of a preferred mortgage.

[94] A contrary view is expressed by Mr. Gregory Timagenis, whom I accept as a very well qualified expert on Greek maritime law. Mr. Timagenis was retained by the Bank of Scotland. He sets out that there are no maritime liens under Greek law other than those enumerated in Article 205 of the Greek Code of Private Maritime Law. I paraphrase those four types of liens as first, court expenses and navigation taxes as well as maintenance costs before a court ordered auction; second, the claims of master and crew; third, salvage; and fourth, compensation payable as a result of collision. He also is of the view that the 1926 Brussels Convention and particularly Article 2(5) has been applied by the Greek courts with great caution and narrow interpretation. On comparing what Mr. Timagenis has to say with what Mrs. Vilentis sets out in her material, I am inclined to accept the former. However, for the sake of argument, I will accept the proposition set out by Mrs. Vilentis, that the Greek Maritime Code is not exhaustive and that the Brussels Convention applies, to see where it lead. Even accepting her premises, the argument, as we shall see, does not assist Aktina.

[95] There are two problems which go to the root of the formation of a maritime lien and therefore prevent a maritime lien from arising under Article 2(5) of the Brussels Convention of 1926. First, the Cooperation Agreement under which tickets are provided by Aktina to Leond Maritime Inc. is specific: tickets will issue

grec, M<sup>me</sup> Vilentis fournit un extrait d'une décision rendue par la Cour suprême grecque. Dans cette décision, qui porte le numéro 229 de 1983, il est statué, compte tenu de décisions antérieures apparemment rendues par une cour d'appel grecque, que la société étrangère qui vend et livre des aliments, du matériel et des fournitures au capitaine d'un navire, qui agit en vertu de ses pouvoirs légaux, de façon que le navire puisse être conservé et continuer son voyage, bénéficie d'un privilège qui vient avant une hypothèque privilégiée.

[94] L'avis contraire a été exprimé par M. Gregory Timagenis, qui, je le reconnais, est un expert fort compétent en droit maritime grec. Les services de M. Timagenis ont été retenus par la Bank of Scotland. L'expert déclare que, sous le régime du droit grec, il n'y a pas de privilèges maritimes à part ceux qui sont énumérés à l'article 205 du Code grec de droit maritime privé. Ces privilèges sont de quatre types: premièrement, les frais judiciaires et les droits de navigation ainsi que les frais d'entretien engagés avant une vente judiciaire; deuxièmement, les réclamations du capitaine et de l'équipage; troisièmement, les indemnités de sauvetage; quatrièmement, l'indemnité payable à la suite d'une collision. L'expert est également d'avis que les tribunaux grecs se sont montrés fort prudents en appliquant la Convention de Bruxelles de 1926, et en particulier l'article 2(5), et qu'ils l'ont interprétée d'une façon stricte. Si je compare les dépositions de M. Timagenis et de M<sup>me</sup> Vilentis, je suis porté à retenir les déclarations de M. Timagenis. Toutefois, aux fins de l'argumentation, je retiens la thèse énoncée par M<sup>me</sup> Vilentis, à savoir que le Code maritime grec n'est pas exhaustif et que la Convention de Bruxelles s'applique, pour voir où cela nous mènera. Même si je retiens les prémisses sur lesquelles M<sup>me</sup> Vilentis s'est fondée, l'argument n'aide pas Aktina, comme nous le verrons.

[95] Il y a deux problèmes qui touchent la création même d'un privilège maritime et qui empêchent par conséquent un privilège maritime de prendre naissance en vertu de l'article 2(5) de la Convention de Bruxelles de 1926. Premièrement, l'entente de collaboration en vertu de laquelle Aktina fournissait les billets à

only “under telephone or other (written) order of Leond Maritime Inc.”. The master has no right to request tickets from Aktina and thus the master cannot contract or act in any way which might bring into play Article 2(5) and thus trigger a maritime lien.

[96] Second, Article 2(5) of the 1926 Brussels Convention requires, to establish a maritime lien, that the necessaries must have been ordered by the master. Here I would note that the case law referred to by Mrs. Vilentis, the expert put forward by Aktina, is in terms of goods having been sold and delivered to the master and in terms of contracts made or works executed by the master. I would also note that there is case law out of France, which ratified the 1926 Brussels Convention and which makes it clear that a maritime lien for necessaries hinges upon whether or not the necessaries were ordered by the master: see for example the first edition of *Maritime Liens and Claims*, London: Business Law Communications Ltd., 1985, at page 258.

[97] To return to and to summarize what Mrs. Vilentis has to say, it is that the proper law of the contract, between Aktina S.A. and Leond Maritime, is Greek law and that, by reason of Article 2(5), of the Brussels Convention, as interpreted by the Greek courts, a supplier of necessaries ordered by the master acting within the scope of his authority, but supplied at some foreign port, has a maritime lien. The difficulty with this analysis is the application of Article 2(5) of the Brussels Convention of 1926 to the present facts. While Mrs. Vilentis is of the view that Aktina has a maritime lien the application of the Brussels Convention to the given facts has nothing to do with Greek law. Rather it is for me to determine. The material does not establish that the airline tickets were in fact ordered by the master in each or any instance. The best face that Aktina is able to put on this is that

Leond Maritime Inc. est libellée en termes précis: les billets sont uniquement délivrés [TRADUCTION] «à la demande de Leond Maritime Inc., faite par téléphone ou autrement (par écrit)». Le capitaine n’a pas le droit de demander de billets à Aktina et il ne peut donc pas conclure un contrat ou agir d’une façon qui puisse faire entrer en ligne de compte l’article 2(5) et déclencher ainsi la création d’un privilège maritime.

[96] Deuxièmement, l’article 2(5) de la Convention de Bruxelles de 1926 exige, aux fins de la création d’un privilège maritime, que les approvisionnements nécessaires soient commandés par le capitaine. Je ferais ici remarquer que la jurisprudence mentionnée par l’expert d’Aktina, M<sup>me</sup> Vilentis, se rapporte à des marchandises qui avaient été vendues et livrées au capitaine et à des contrats qui avaient été conclus ou à des travaux qui avaient été effectués par le capitaine. Je tiens également à faire remarquer qu’il existe une jurisprudence française, dans laquelle la Convention de Bruxelles de 1926 est approuvée et qui dit clairement que l’existence d’un privilège maritime relatif aux approvisionnements nécessaires dépend de la question de savoir si ces approvisionnements ont été commandés par le capitaine: voir par exemple la première édition de *Maritime Liens and Claims*, Londres: Business Law Communications Ltd., 1985, à la page 258.

[97] Pour en revenir à M<sup>me</sup> Vilentis, elle déclare en somme que c’est le droit grec qui s’applique au contrat entre Aktina S.A. et Leond Maritime et qu’en raison de l’article 2(5) de la Convention de Bruxelles, tel qu’il est interprété par les tribunaux grecs, un privilège maritime est reconnu au fournisseur qui fournit dans un port étranger des approvisionnements nécessaires commandés par le capitaine en vertu de ses pouvoirs légaux. Le problème que pose cette analyse se rapporte à l’application de l’article 2(5) de la Convention de Bruxelles de 1926 aux faits de la présente espèce. M<sup>me</sup> Vilentis est d’avis qu’Aktina détient un privilège maritime, mais l’application de la Convention de Bruxelles aux faits en question n’a rien à voir avec le droit grec. C’est plutôt à moi qu’il appartient de déterminer quel est le droit applicable. Les documents n’établissent pas que les billets d’avion

it is the understanding or belief of Mr. Hatziziannis, Financial Director of Aktina, that the master of each ship and/or personnel at Leond Maritime would determine the necessary crew change requirements and then make travel arrangements with Aktina and that it would be common for masters of ships to fax crew change requirements to Leond Maritime, which would then make the necessary arrangements with Aktina S.A. Aktina goes on to rely on the fact that the crew engagement contracts were made between masters of each vessel and each crew member, which I take to be the signing of ship's articles, or a ship's employment contract. This is set out in paragraphs 15 and 16 of the 30 December 1997 affidavit of Mr. Hatziziannis, as follows:

15. It was my understanding that the master of each ship and/or personnel at Leond would determine the necessary crew change requirements for each ship and then Leond would make the necessary travel arrangements with Aktina S.A. for the movement of the crew members. Aktina S.A. does not have access to the documents of Leond, but it would be common for the master of the ship to fax crew change requirements to Leond which would make the necessary arrangements with Aktina S.A. As support to the above is the fact that the relevant crew engagement contracts were made between the Masters of each respective vessel and each crew member.

16. It was undoubtedly the case that crew changes, either moving crew member/sup. engineer and repairer to the ships, or repatriating crew members/sup. engineers/repairers from the ships, would be necessary for the safe operation and preservation of the vessel and of course the continuation of voyages. It is clear that a ship cannot operate without a proper crew and/or in an unseaworthy condition. The crew changes and embarkation of the sup. engineers and repairers would of course also be noted in the log books of the vessels indicating the dates of arrival and departure of each of the various crew members, and other persons. Also the crew members will be indicated in the respective Masters' General Accounts (M.G.As) and the correspondence exchanged by the Master and Leond.

[98] I do not take this to be evidence that in fact the master of the *Nel*, or of any ship, entered into a contract with Aktina for the supply of airline tickets.

ont de fait été commandés par le capitaine dans chaque cas ou dans un cas donné. Aktina peut tout au plus soutenir que, selon ce que croyait comprendre son directeur financier, M. Hatziziannis, le capitaine de chaque navire ou le personnel de Leond Maritime déterminait les changements qu'il fallait apporter à l'équipage et organisait ensuite le voyage avec Aktina et que les capitaines de navires faisaient souvent parvenir des télécopies à Leond Maritime au sujet des changements nécessaires, cette dernière prenant ensuite les dispositions voulues avec Aktina S.A. Aktina se fonde ensuite sur le fait qu'un contrat d'engagement, pour chaque navire, était conclu entre le capitaine et chaque membre d'équipage du navire, c'est-à-dire qu'ils signaient, si je comprends bien, le rôle d'équipage ou contrat d'affectation à un navire. C'est ce qui est énoncé aux paragraphes 15 et 16 de l'affidavit de M. Hatziziannis, en date du 30 décembre 1997:

[TRADUCTION]

15. Selon ce que je crois comprendre, le capitaine de chaque navire ou le personnel de Leond déterminait les changements nécessaires, en ce qui concerne l'équipage de chaque navire, et Leond prenait ensuite avec Aktina S.A. les dispositions voulues à l'égard des déplacements des membres d'équipage. Aktina S.A. n'a pas accès aux documents de Leond, mais habituellement, le capitaine du navire faisait parvenir à Leond une télécopie au sujet des changements qu'il fallait apporter à l'équipage et cette dernière prenait les dispositions voulues avec Aktina S.A. À l'appui, il y a le fait qu'un contrat d'engagement était conclu pour chaque navire entre le capitaine et chaque membre d'équipage du navire.

16. Sans aucun doute, il fallait apporter des changements à l'équipage, faire venir ou rapatrier des membres d'équipage, des ingénieurs de soutien ou des réparateurs, de façon à garantir le fonctionnement sûr et la préservation du navire et, bien sûr, la continuation du voyage. De toute évidence, pour être exploité ou pour être en état de navigabilité, un navire doit disposer de l'équipage approprié. Les changements d'équipage et l'embarquement des ingénieurs de soutien et des réparateurs seraient bien sûr enregistrés dans les journaux de bord, et l'on indiquerait les dates d'arrivée et de départ de chaque membre d'équipage et des autres personnes en cause. De plus, les membres d'équipage seraient mentionnés dans les comptes rendus généraux des capitaines respectifs (les CRG) et dans la correspondance échangée entre les capitaines et Leond.

[98] Je n'interprète pas cela comme prouvant qu'en fait, le capitaine du *Nel* ou de quelque autre navire a conclu un contrat avec Aktina en vue de la fourniture

At best it is a hope that the master might have ordered the airline tickets. This is not enough, for a maritime lien being, in a sense, an exceptional remedy, there ought to be clear evidence as to how it has arisen within the wording of Article 2(5) of the Brussels Convention. Here there are hopes, on the part of Aktina, as to how the lien might have arisen, by way of speculation that the master, in each instance, would determine crew change requirements and that somehow, through Leond Maritime ordering plane tickets, this might bring the claim within the Brussels Convention and result in a maritime lien. This hope and indeed speculation, is insufficient to bring the supply of airline tickets clearly within Article 2(5) of the Brussels Convention, which requires that there be "contracts entered into or acts done by the master, acting within the scope of his authority".

[99] Rather than being a claim *in rem*, based on a maritime lien, it may even be a claim *in personam* under the Cooperation Agreement between Aktina and Leond Maritime. The Debt Recognition Agreement of 10 October 1997 is of no help for it has no *in rem* aspect, but merely provides an acknowledgment, by each ship owning company, that it owes a debt for airline tickets. Thus, there is no indication that Aktina ever looked to the ships themselves as security.

[100] Given that Aktina assisted Leond Maritime Inc. in staying in business by extending substantial credit for crew member movement and that Aktina S.A. tried, in a reasonable way, to protect itself through *in personam* agreements, it is with some regret that I deny its claim to a maritime lien against the *Nel*. If Aktina has some species of *in rem* claim at all, it is one coming behind that of the Bank of Scotland as mortgage holder. As to the balance of its claim, based on sistership theory, Mrs. Vilentis makes a statement that "under Greek Law substantive maritime liens can be exercised against sisterships", but does not elaborate. However the basis set out by Aktina for the maritime liens, against those ships said

de billets d'avion. On espère tout au plus que le capitaine ait commandé les billets d'avion. Cela ne suffit pas; en effet, étant donné qu'un privilège maritime est dans un certain sens un recours exceptionnel, il devrait exister une preuve claire au sujet de la façon dont il a pris naissance dans le contexte de l'article 2(5) de la Convention de Bruxelles. En ce qui concerne la façon dont le privilège aurait pu prendre naissance, Aktina espère ici, en supposant que le capitaine déterminait dans chaque cas les changements à apporter à l'équipage et que, d'une certaine façon, par l'intermédiaire de Leond Maritime qui commandait les billets d'avion, la Convention de Bruxelles s'appliquait à la créance, qu'un privilège maritime ait été créé. Cet espoir et, assurément, cette supposition ne suffisent pas pour que la fourniture des billets d'avions soit clairement visée par l'article 2(5) de la Convention de Bruxelles, qui exige qu'il y ait des «contrats passés ou [des] opérations effectuées par le capitaine [. . .] en vertu de ses pouvoirs légaux».

[99] Au lieu d'être une créance réelle fondée sur un privilège maritime, cela peut même être une créance personnelle en vertu de l'entente de collaboration conclue entre Aktina et Leond Maritime. La reconnaissance de dette du 10 octobre 1997 n'est pas utile, car elle ne comporte aucun élément réel; il s'agit simplement d'une reconnaissance, de la part de chaque société propriétaire de navire, de l'existence d'une dette à l'égard des billets d'avion. Par conséquent, rien ne montre qu'Aktina ait considéré que les navires eux-mêmes garantissaient sa créance.

[100] Étant donné qu'Aktina a aidé Leond Maritime Inc. à poursuivre ses activités en lui accordant un crédit considérable pour les déplacements des membres d'équipage et qu'elle a tenté, d'une façon raisonnable, de se protéger au moyen d'ententes de nature personnelle, c'est à regret que je rejette sa revendication d'un privilège maritime sur le *Nel*. Si Aktina a de quelque façon une créance réelle, cette créance vient après celle de la Bank of Scotland en sa qualité de créancière hypothécaire. Quant au reste de la réclamation, en se fondant sur la théorie des navires frères, M<sup>me</sup> Vilentis déclare que [TRADUCTION] «sous le régime du droit grec, il est possible de faire valoir un privilège maritime contre des navires frères», mais elle

to be sisterships of the *Nel*, is no better than the basis claimed for the maritime lien against the *Nel* herself. Thus I do not have to deal with the sistership claim by Aktina.

#### Claim of Ashland Chemical Company

[101] Ashland Chemical Company, to whom I shall refer as Ashland, produces and supplies chemicals necessary for the operation of seagoing ships, here the *Nel* and sisterships. The chemicals include refrigeration gases, oxygen and acetylene, fuel and water treatment products and cleaning products. These necessities were supplied to the ships, by sale to the master and or the owner of each named ship, at American ports, Canadian ports and foreign ports. Ashland claims maritime liens totalling \$88,168.59 of which \$9,712.88 is claimed against the *Nel*. The terms of supply were net 30 days. Ashland seeks interest of whatever rate the Court will allow. All of the sale and deliveries were subject to the laws of the United States.

[102] I accept as established and well known law, here as verified by Ashland's expert, Alan Van Praag, that under the federal *Maritime Lien Act*, 46 U.S.C. § 971 (1994), as interpreted by the courts, when necessities are supplied to a ship by or through an American supplier, whether at an American port or elsewhere, a maritime lien arises in favour of the supplier.

[103] That Ashland has a claim of maritime lien against the *Nel*, for \$9,712.88, enforceable under the *Federal Court Act* and by virtue of *The Ioannis Daskalelis*, *supra*; *Marlex Petroleum, Inc. v. The Ship Har Rai*, [1984] 2 F.C. 345 (C.A.); *affd* by [1987] 1 S.C.R. 57; and *The Galaxias*, *supra*, is irrefutable. The more interesting issue is whether Ashland's claim of maritime lien against nine other ships, said to be

ne donne pas d'explications. Toutefois, le fondement invoqué par Aktina à l'égard de l'existence de privilèges maritimes contre les navires qui seraient des navires frères du *Nel* n'est pas meilleur que celui qui est allégué à l'égard du privilège maritime sur le *Nel* lui-même. Je n'ai donc pas à examiner la réclamation qu'Aktina a présentée contre les navires frères.

#### Réclamation d'Ashland Chemical Company

[101] Ashland Chemical Company, que j'appellerai Ashland, fabrique et fournit les produits chimiques nécessaires aux fins du fonctionnement des navires long-courriers, soit dans ce cas-ci le *Nel* et les navires frères. Les produits chimiques comprennent des gaz frigorigènes, de l'oxygène et de l'acétylène, des produits combustibles et de traitement de l'eau ainsi que des produits de nettoyage. Ces approvisionnements nécessaires ont été fournis aux navires au moyen de ventes conclues avec le capitaine ou le propriétaire de chaque navire désigné, dans des ports américains, canadiens et étrangers. Ashland revendique des privilèges maritimes d'une valeur totale de 88 168,59 \$, sur laquelle la somme de 9 712,88 \$ se rapporte au *Nel*. Les conditions étaient «net dans 30 jours». Ashland réclame des intérêts au taux que la Cour fixera. Les ventes et livraisons étaient assujetties aux lois américaines.

[102] Je reconnais qu'il est établi et bien connu, comme l'a confirmé l'expert d'Ashland, Alan Van Praag, qu'en vertu de la *Maritime Lien Act*, 46 U.S.C. § 971 (1994) fédérale, telle qu'elle est interprétée par les tribunaux, lorsque les approvisionnements nécessaires sont fournis à un navire par un fournisseur américain ou par l'entremise d'un fournisseur américain, dans un port américain ou ailleurs, un privilège maritime prend naissance en faveur du fournisseur.

[103] Il est irrefutable qu'Ashland dispose d'une réclamation fondée sur un privilège maritime à l'égard du *Nel*, pour la somme de 9 712,88 \$, qu'elle peut faire valoir en vertu de la *Loi sur la Cour fédérale* et conformément aux arrêts *Ioannis Daskalelis*, précité; *Marlex Petroleum, Inc. c. Le navire Har Rai*, [1984] 2 C.F. 345 (C.A.); *conf.* par [1987] 1 R.C.S. 57; et *Galaxias*, précitée. Cependant, il est encore plus

sisterships to the *Nel*, is also enforceable, as maritime liens, against the *Nel*.

[104] At the time I heard this matter I had begun drafting reasons in *The Atlantis Two*, *supra*, in which I had already come to a preliminary conclusion as to the enforcement of an American lien against a sistership under the *Federal Court Act*, although those reasons were not release for a number of months. While Mr. McEwen, who acts here for Ashland, was among the counsel involved in *The Atlantis Two*, he there acted for the mortgagee and thus I did not have the benefit of his views in favour of enforcement of an American maritime lien in a sistership context. I heard nothing in argument on this issue during the hearing of the *Nel* to change my preliminary conclusion. Thus my decision here parallels that in *The Atlantis Two* (varied as to an unrelated claim (1999), 170 F.T.R. 57). *The Atlantis Two* is a decision with which Mr. Justice MacKay agreed in *The Brussel*, *supra*. I will therefore paraphrase what I said in *The Atlantis Two*, in my view the only conclusion which one might come to under the Canadian legislation: it is perhaps an unfortunate result because it decreases the usefulness of our sistership procedure, not overall a good thing as Canada, as a nation, is not an owner of ships, but depends upon foreign bottoms for its international trade.

[105] In the *Nel*, as in *The Atlantis Two*, I was not referred to any case law dealing with the enforcement of a substantive American maritime lien, against a sistership, using Federal Court sistership procedure.

[106] An American maritime lien grants the privilege of a substantive right in property, against a given ship, a right that travels with the ship, unconditionally,

intéressant de savoir si la revendication d'un privilège maritime par Ashland à l'encontre de neuf autres navires, qui seraient apparemment des navires frères du *Nel*, s'applique également au *Nel*, en tant que privilège maritime.

[104] Lors de l'audition de la présente affaire, j'avais déjà commencé à rédiger les motifs de l'affaire *Atlantis Two*, précitée, dans laquelle j'étais arrivé à une conclusion préliminaire au sujet de la revendication d'un privilège américain à l'encontre d'un navire frère en vertu de la *Loi sur la Cour fédérale*, mais ces motifs n'ont été rendus publics que plusieurs mois plus tard. M<sup>e</sup> McEwen, qui représente ici Ashland, était l'un des avocats qui ont occupé dans l'affaire *Atlantis Two*, mais il agissait pour le créancier hypothécaire et je n'ai donc pas eu l'avantage de connaître son point de vue au sujet de l'exercice d'un privilège maritime américain dans le contexte des navires frères. Lors de l'audience relative au *Nel*, je n'ai rien entendu qui me fasse changer d'idée sur ce point au cours des plaidoiries. La décision que je rends ici est donc semblable à celle que j'ai rendue dans l'affaire *Atlantis Two* (qui a été modifiée, quant à une autre réclamation non pertinente en l'espèce (1999), 170 F.T.R. 57). Dans la décision *Brussel*, précitée, le juge MacKay a souscrit à la décision *Atlantis Two*. Je reprendrai donc ce que j'ai dit dans la décision *Atlantis Two*, ce qui constitue à mon avis la seule conclusion qu'il est possible de tirer en vertu de la législation canadienne: le résultat est peut-être malheureux parce qu'il a pour effet de rendre moins utile notre procédure relative aux navires frères, ce qui en général n'est pas une bonne chose étant donné que le Canada, en tant qu'État, ne possède pas de navires, mais dépend de navires étrangers pour son commerce international.

[105] Dans l'affaire *Nel*, comme dans l'affaire *Atlantis Two*, on ne m'a référé à aucun arrêt portant sur l'exercice d'un privilège maritime américain quant au fond, à l'encontre d'un navire frère, au moyen de la procédure de la Cour fédérale relative aux navires frères.

[106] Un privilège maritime américain confère un droit sur un bien, à l'encontre d'un navire donné, droit qui se rattache au navire d'une façon inconditionnelle,

until it is discharged. It is this substantive right which is the foundation of the American *in rem* proceeding, for the lien is separate and apart from any action *in personam*. This concept and the underlying theory of the American maritime lien is based on the personification of the ship, a theory which is opposed to the English and Canadian procedural theory. It is set out in both *The Law of Maritime Liens*, 1940, Sweet & Maxwell, 3rd ed. London, at page 115 and following and also in *The Law of Tug, Tow and Pilotage*, 3rd ed., 1994, Cornell Maritime Press, at page 784 and following.

[107] The maritime liens which Ashland brings into Canada to enforce under Canadian sistership procedure are rights against given ships, as opposed to substantive rights which might from time to time be attached to some other ships. This now brings us to the operative Canadian legislation.

[108] Sistership procedure is set out in subsection 43(8) [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 12] of the *Federal Court Act*:

43. . . .

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

Section 22 of the Act, referred to in subsection 43(8) sets out the general maritime jurisdiction of the Court over navigation and shipping:

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

Subsection 22(2) then goes on to set out specific but non-exhaustive examples of the jurisdiction that is included in subsection 22(1) and particularly relevant in the present instance is paragraph 22(2)(m):

tant qu'il n'y a pas eu extinction. C'est ce droit qui constitue le fondement de la procédure de l'action réelle américaine, car le privilège est distinct de toute action personnelle. Ce concept et la théorie sous-jacente du privilège maritime américain sont fondés sur la personnalisation du navire, théorie qui va à l'encontre de la théorie procédurale anglaise et canadienne. La théorie est énoncée dans *The Law of Maritime Liens*, 1940, Sweet & Maxwell, 3<sup>e</sup> éd. Londres, aux pages 115 et suivantes, ainsi que dans *The Law of Tug, Tow and Pilotage*, 3<sup>e</sup> éd., 1994, Cornell Maritime Press, aux pages 784 et suivantes.

[107] Les privilèges maritimes qu'Ashland cherche à faire valoir au Canada en vertu de la procédure canadienne relative aux navires frères sont des droits sur des navires donnés, par opposition aux droits qui pourraient le cas échéant se rattacher à certains autres navires. Cela nous amène à la question de la législation canadienne applicable.

[108] La procédure relative aux navires frères est énoncée au paragraphe 43(8) [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 12] de la *Loi sur la Cour fédérale*:

43. [. . .]

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

L'article 22 de la Loi, mentionné au paragraphe 43(8), définit la compétence maritime générale de la Cour en matière de navigation et de marine marchande:

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

Le paragraphe 22(2) donne ensuite des exemples précis, mais non exhaustifs, de la compétence qui est visée par le paragraphe 22(1); l'alinéa 22(2)m) est particulièrement pertinent quant aux fins qui nous occupent:

22. (2) . . .

(m) any claim in respect of goods, materials or services wherever supplied to a ship for the operation or maintenance of the ship, including, without restricting the generality of the foregoing, claims in respect of stevedoring and lighterage;

This jurisdiction over goods and services, in essence necessities, may be enforced as a statutory right *in rem* as provided for in subsection 43(2) of the Act. This statutory right *in rem* arising out of a necessities claim has a priority coming after maritime liens and after mortgages.

[109] A substantive American maritime lien does not fit into the sistership framework set out in subsection 43(8) of the Act, for that section merely refers to the jurisdiction conferred by section 22 of the Act as being enforceable *in rem* against the sistership. It is not a right or privilege against one ship being enforced against another ship. These provisions would only be of assistance to an American maritime lien holder if there were parallel sistership legislation in the United States which might enable such a claimant to bring into Canada a full blown maritime lien against the sistership.

[110] Mr. McEwen's analysis on behalf of Ashland is primarily focussed on distinguishing *Hollandsche Aannaming Maatschappij v. Ryan Leet (The)* (1998), 135 F.T.R. 67 (F.C.T.D.), in which Mr. Justice Rothstein, as he then was, defined "owner" in subsection 43(8) of the *Federal Court Act*, in a narrow way, limiting it to a registered owner and rejecting the idea of beneficial ownership, thus in most instances, insulating a corporate owner which holds its ships in many one-ship companies from the effect of the sistership provision. The analysis leading to distinguishing this case begins with an examination of the *International Convention for the Unification of Certain Rules Relating to the Arrest of Sea-going Ships* better known as the Brussels Convention for the Arrest of Seagoing Ships of 1952 and to which I will refer as the 1952 Convention.

22. (2) [. . .]

m) une demande relative à des marchandises, matériels ou services fournis à un navire pour son fonctionnement ou son entretien, notamment en ce qui concerne l'acconage et le gabarage;

Cette compétence sur les marchandises et services, qui sont essentiellement des approvisionnements nécessaires, peut être exercée dans le contexte d'un droit réel prévu par la loi comme le prévoit le paragraphe 43(2) de la Loi. Ce droit réel prévu par la loi découlant d'une réclamation relative aux approvisionnements nécessaires vient après les privilèges maritimes et les hypothèques.

[109] Les privilèges maritimes américains quant au fond ne s'appliquent pas dans le contexte des navires frères prévu au paragraphe 43(8) de la Loi, car cette disposition se rapporte simplement à la compétence en matière réelle conférée par l'article 22 de la Loi à l'encontre des navires frères. Il ne s'agit pas d'un droit ou d'un privilège sur un navire que l'on fait valoir contre un autre navire. Ces dispositions n'aideraient le titulaire d'un privilège maritime américain que s'il existait, aux États-Unis, une législation parallèle relative aux navires frères permettant au créancier d'invoquer au Canada un privilège maritime complet contre les navires frères.

[110] L'analyse que M<sup>e</sup> McEwen a effectuée pour le compte d'Ashland met principalement l'accent sur la distinction à faire d'avec la décision *Hollandsche Aannaming Maatschappij c. Ryan Leet (Le)* (1998), 135 F.T.R. 67 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), dans laquelle le juge Rothstein (maintenant juge à la Cour d'appel) a défini le mot «propriétaire» figurant au paragraphe 43(8) de la *Loi sur la Cour fédérale* d'une façon stricte, en le limitant au propriétaire enregistré et en rejetant la notion de véritable propriétaire, de sorte que dans la plupart des cas, une société qui possède ses navires par l'entremise de nombreuses sociétés n'ayant chacune qu'un navire est protégée contre l'effet de la disposition relative aux navires frères. L'analyse menant à la distinction d'avec cette décision commence par un examen de la *Convention internationale pour l'unification de certaines règles sur la saisie*



[111] Canada has not ratified the 1952 Convention. However, the Supreme Court of Canada has pointed out that it may be appropriate to look at such a convention when interpreting domestic legislation, even if the domestic legislation is not ambiguous on its face. In *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324, at pages 1371-1372, the Supreme Court specifically rejected the suggestion of the Federal Court of Appeal “that recourse to an international treaty is only available where the provision of the domestic legislation is ambiguous on its face”. I considered the 1952 Convention in interpreting subsection 43(8) of the *Federal Court Act* in *Ssangyong Australia Pty Ltd. et al. v. Ship Looiersgracht et al.* (1994), 85 F.T.R. 265 (F.C.T.D.), at page 268:

Sistership status under Article III of the 1952 Convention is defined in terms of ownership of all of the shares in both ships, by the same person or person, with the relevant time when the claim arose. In contrast, beneficial ownership, under the *Federal Court Act*, may be much broader than the 1952 Convention concept of legal ownership and further, the operative time of beneficial ownership in Canada is when the action is commenced.

Here I touched upon the fact that the Federal Court legislation, involving beneficial ownership, might be much broader than the 1952 Convention concept of legal ownership. Indeed, in this context, Mr. McEwen points out that section 12 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, specifically directs that enactments are deemed remedial “and shall be given such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects”. In *Ship Looiersgracht* I referred to a similar broad and liberal interpretation at page 268.

[112] Mr. McEwen submits that the reference to “owner” in subsection 43(8) of the *Federal Court Act*

*conservatoire des navires de mer*, mieux connue sous le nom de Convention de Bruxelles sur la saisie conservatoire des navires de mer de 1952, que j’appellerai la Convention de 1952.

[111] Le Canada n’a pas ratifié la Convention de 1952. Toutefois, la Cour suprême du Canada a souligné qu’il peut être approprié d’examiner cette convention en interprétant la législation nationale, même si cette législation n’est pas à première vue ambiguë. Dans l’arrêt *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, aux pages 1371 et 1372, la Cour suprême a expressément écarté l’assertion de la Cour d’appel fédérale selon laquelle «le recours à un traité international n’est permis que dans un cas où la disposition de la loi nationale est ambiguë à première vue». Dans la décision *Ssangyong Australia Pty Ltd. et al. c. Navire Looiersgracht et al.* (1994), 85 F.T.R. 265 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la page 268. J’ai tenu compte de la Convention de 1952 en interprétant le paragraphe 43(8) de la *Loi sur la Cour fédérale*:

Selon l’article III de la Convention de 1952, des navires sont réputés avoir le même propriétaire lorsque toutes les parts de propriété appartiennent à la même personne ou aux mêmes personnes à la date à laquelle la créance est née. En revanche, le concept du propriétaire véritable aux termes de la *Loi sur la Cour fédérale* est peut-être beaucoup plus large que le concept du propriétaire inscrit de la Convention de 1952; en outre, la date pertinente aux fins de déterminer qui est le propriétaire véritable au Canada est la date de l’introduction de l’action.

J’ai alors dit que le concept de propriétaire véritable aux termes de la *Loi sur la Cour fédérale* est peut-être beaucoup plus large que le concept du propriétaire inscrit de la Convention de 1952. De fait, dans ce contexte, M<sup>c</sup> McEwen souligne que l’article 12 de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, prévoit expressément que tout texte est censé apporter une solution de droit «et s’interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet». Dans la décision *Navire Looiersgracht*, j’ai mentionné une interprétation similaire générale et libérale, à la page 268.

[112] M<sup>c</sup> McEwen soutient que le mot «propriétaire» figurant au paragraphe 43(8) de la *Loi sur la Cour*

refers to the entity or individual who may actually exercise proprietary rights over the subject vessel and that no distinction between beneficial ownership of a sistership and legal ownership of the ship that is the subject of the action was intended. Here I acknowledge Mr. McEwen's submission that there is ample evidence that the Leond Maritime ships were under common ownership.

[113] Before dealing with *The Ryan Leet*, Mr. McEwen refers to the interpretation given to "beneficial ownership" in *Mount Royal/Walsh Inc. v. Jensen Star (The)*, [1990] 1 F.C. 199 (C.A.), where Mr. Justice Marceau referred to beneficial ownership at page 210:

In my view, the expression "beneficial owner" was chosen to serve as an instruction, in a system of registration of ownership rights, to look beyond the register in searching for the relevant person. But such search cannot go so far as to encompass a demise charterer who has no equitable or proprietary interest which could burden the title of the registered owner. As I see it, the expression "beneficial owner" serves to include someone who stands behind the registered owner in situations where the latter functions merely as an intermediary, like a trustee, a legal representative or an agent. [Emphasis added.]

In Mr. McEwen's analysis this brings us to *The Ryan Leet*.

[114] In *The Ryan Leet* the term "owner", in the context of subsection 43(8) of the *Federal Court Act*, was held to refer only to the registered owner. In the result the right of sistership arrest can only be invoked where the ship sought to be arrested is beneficially owned by the registered owner of the ship that gave rise to the obligation that is the cause of action. Here I would note that the effect of this is that an owner may defeat the whole idea of sistership arrest by placing each ship in a separate company, even though each separate company is owned by the same parent company. This I think is contrary to the intention of Parliament, that sistership legislation not be so easily defeated. It is an aspect which I had very much in mind in *Ship Looiersgracht*, at page 270:

*fédérale* s'entend de l'entité ou de l'individu qui peut de fait exercer des droits de propriété sur le navire en cause et qu'il ne vise pas à faire une distinction entre le véritable propriétaire d'un navire frère et le propriétaire inscrit du navire visé par l'action. Je suis d'accord avec M<sup>c</sup> McEwen pour dire qu'il existe un bon nombre d'éléments de preuve montrant que les navires de Leond Maritime appartenaient à un propriétaire commun.

[113] Avant de parler de la décision *Ryan Leet*, M<sup>c</sup> McEwen traite de l'interprétation donnée à l'expression «véritable propriétaire» dans l'arrêt *Mount Royal/Walsh Inc. c. Jensen Star (Le)*, [1990] 1 C.F. 199 (C.A.), où le juge Marceau a fait les remarques suivantes à ce sujet, à la page 210:

À mon avis, l'expression «*beneficial owner*» a été choisie pour indiquer que dans un système d'enregistrement des droits de propriété, il faut regarder au-delà du nom inscrit dans le registre. On ne saurait cependant remonter jusqu'à l'affréteur par voie de cession à bail, qui n'a aucun droit en *equity* ou à titre de propriétaire susceptible de grever le titre du propriétaire inscrit. Selon moi, cette expression permet d'inclure celui qui se dissimule derrière le propriétaire inscrit lorsque celui-ci sert purement d'intermédiaire, par exemple un fiduciaire, un ayant droit ou un mandataire. [Non souligné dans l'original.]

Selon l'analyse effectuée par M<sup>c</sup> McEwen, cela nous amène à la décision *Ryan Leet*.

[114] Dans la décision *Ryan Leet*, il a été statué que le mot «propriétaire», dans le contexte du paragraphe 43(8) de la *Loi sur la Cour fédérale*, s'entend uniquement du propriétaire enregistré. Par conséquent, le droit de saisir un navire frère peut uniquement être invoqué lorsque le véritable propriétaire du navire que l'on veut saisir est le propriétaire enregistré du navire qui a donné naissance à l'obligation sur laquelle la cause d'action est fondée. Je ferais ici remarquer que le propriétaire peut donc se soustraire à la saisie d'un navire frère en plaçant chaque navire dans une société distincte, même si chaque société appartient à la même société mère. À mon avis, cela va à l'encontre de l'intention du législateur, qui ne voulait pas qu'il soit possible de se soustraire si facilement à la législation relative aux navires frères. Il s'agit d'un aspect que j'avais bien à l'esprit dans la décision *Navire Looiersgracht*, à la page 270:

... while there may be legitimate reasons for one-ship companies, some ship owners have gone to very ingenious ends to disguise a whole fleet by means of one-ship companies to avoid sistership legislation and responsibilities.

This, I fear, is what has happened in the present instance, the whole Leond fleet being in separate one-ship companies.

[115] The approach in *The Ryan Leet* was a narrow construction based on the plain meaning of the word "owner" and the fact that subsection 43(8) of the *Federal Court Act* contains reference both to beneficial owner and to owner. However, in *Sommers and Gray et al. v. The Queen*, [1959] S.C.R. 678, Mr. Justice Fauteux, who delivered the judgment of the Court, touched upon the interpretation principle that the use of the same term implies the same meaning and that the use of a different term implies a different meaning and concluded that (at page 685):

This rule of interpretation is only tantamount to a presumption, and furthermore, a presumption which is not of much weight.

Indeed, more recently the Supreme Court of Canada has made it clear that the plain meaning approach, as opposed to the modern contextual approach, is incorrect: see 2747-3174 *Québec Inc. v. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 S.C.R. 919.

[116] In 2747-3174 *Québec Inc.* Mr. Justice Gonthier, delivering the judgment of eight of the nine members of the Court, opted for a modern approach considering not only the words themselves, but also their context, other provisions in the statute and provisions in other statutes, together with legislative history, in order to correctly identify the objective of the legislature. It was only after considering the provisions with all of these elements in mind that a definition might be decided upon and in setting out that view of interpretation Mr. Justice Gonthier notes that it is "a synthesis of the contextual approaches that

[...] bien que l'existence des entreprises propriétaires d'un seul navire puisse être légitime, certains propriétaires de navires ont utilisé des moyens très ingénieux pour camoufler toute une flotte en se présentant comme des entreprises propriétaires d'un seul navire afin d'éviter l'application des dispositions relatives aux navires appartenant au même propriétaire et les responsabilités en découlant.

Je crains que c'est ce qui s'est produit en l'espèce, puisque toute la flotte de Leond appartient à des sociétés distinctes ayant chacune un navire seulement.

[115] Dans la décision *Ryan Leet*, on a adopté une interprétation restreinte fondée sur le sens ordinaire du mot «propriétaire» et sur le fait que le paragraphe 43(8) de la *Loi sur la Cour fédérale* fait mention tant du véritable propriétaire que du propriétaire. Toutefois, dans l'arrêt *Sommers and Gray et al. v. The Queen*, [1959] R.C.S. 678, le juge Fauteux, qui a prononcé le jugement au nom de la Cour suprême, a mentionné le principe d'interprétation selon lequel lorsqu'un seul terme est employé, ce terme a toujours le même sens et lorsque des termes différents sont employés, ces termes ont un sens différent; le juge a conclu ce qui suit (à la page 685):

[TRADUCTION] Cette règle d'interprétation équivaut uniquement à une présomption, et, de plus, à une présomption qui n'a pas beaucoup de poids.

De fait, plus récemment, la Cour suprême du Canada a clairement dit que l'approche fondée sur le sens ordinaire, par opposition à l'approche contextuelle moderne, est incorrecte: voir 2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919.

[116] Dans l'arrêt 2747-3174 *Québec Inc.*, le juge Gonthier, en rendant jugement au nom de huit des neuf juges de la Cour, a opté pour une approche moderne selon laquelle, afin de déterminer correctement l'objectif visé par le législateur, il est tenu compte non seulement des mots eux-mêmes, mais aussi de leur contexte, des autres dispositions de la loi et des dispositions d'autres lois ainsi que de l'historique législatif. Ce n'est qu'après avoir examiné les dispositions en tenant compte de tous ces éléments qu'il est possible d'en arriver à une définition; en exprimant cet avis au sujet de la question de l'inter-

rejects the ‘plain meaning’ approach”. He went on to point out that “[t]his ‘modern’ interpretation method has the advantage of bringing out the underlying premises and thus preventing them from going unnoticed, as they would with the ‘plain meaning’ method” (at pages 1002-1003). This leads to counsel’s submission that in *The Ryan Leet*, the interpretation of “owner” in subsection 43(8) of the *Federal Court Act* to mean “registered owner” was on the basis of the definition of owner in the *Canada Shipping Act* and paragraph 15(2)(b) of the *Interpretation Act*, *supra*, together with an assumption that the two enactments were in relation to the same subject-matter. Here *The Ryan Leet* analysis does not take into account the difference in purpose between subsection 43(8) of the *Federal Court Act*, which extends jurisdiction and remedies available to a plaintiff in a Federal Court maritime action, and the various legislative purposes of the *Canada Shipping Act*, there principally as to the registration of ships.

[117] *The Ryan Leet* perhaps also placed undue reliance on *Evpo Agnic, The*, [1988] 2 Lloyd’s Rep. 411 (C.A.). In *The Evpo Agnic* at issue was the arrest provision, section 21(4) of the *Supreme Court Act, 1981* [(U.K.), 1981, c. 54] which involved the distinction between an owner and a person in control of a ship. This is quite different from subsection 43(8) of the *Federal Court Act*, for there is no distinction between an owner and the person in control, as in the English legislation, so as to introduce a distinction between a registered owner and a *de facto* ship owner who in fact has both the ultimate control over the ship and the enjoyment of the rights of ownership. The submission here is that the lack of qualification of the word “owner” should accordingly be interpreted as incorporating the concept of ownership in the broad sense, rather than in a narrow sense of legal or registered ownership. Indeed, in *The Jensen Star*, *supra*, the Court of Appeal, noting distinctions between the British legislation and the Canadian legislation dealing

prétation, le juge Gonthier fait remarquer qu’il s’agit de «la synthèse des approches contextuelles qui rejettent l’approche du “sens ordinaire”». Il souligne ensuite que «[c]ette méthode d’interprétation “moderne” a l’avantage de mettre en lumière les prémisses sous-jacentes et permet ainsi d’éviter qu’elles passent inaperçues comme ce serait le cas avec la méthode du “sens ordinaire”» (aux pages 1002 et 1003). Cela nous amène à la prétention de l’avocat selon laquelle, dans la décision *Ryan Leet*, l’interprétation donnée au mot «propriétaire» figurant au paragraphe 43(8) de la *Loi sur la Cour fédérale*, à savoir que ce mot s’entend du «propriétaire enregistré», était fondée sur la définition du «propriétaire» donnée dans la *Loi sur la marine marchande du Canada* et sur l’alinéa 15(2)(b) de la *Loi d’interprétation*, précitée, ainsi que sur l’hypothèse selon laquelle les deux textes portaient sur le même sujet. L’analyse de la décision *Ryan Leet* ne tient pas ici compte de la différence qui existe entre le but du paragraphe 43(8) de la *Loi sur la Cour fédérale*, qui traite de la compétence et des recours dont le demandeur peut se prévaloir dans une action intentée devant la Cour fédérale en matière maritime, et les divers buts législatifs de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, principalement en ce qui a trait à l’immatriculation des navires.

[117] Dans la décision *Ryan Leet*, l’accent a peut-être aussi été trop placé sur l’arrêt *Evpo Agnic, The*, [1988] 2 Lloyd’s Rep. 411 (C.A.). L’arrêt *Evpo Agnic* portait sur une disposition relative à la saisie, le paragraphe 21(4) de la *Supreme Court Act, 1981* [(R.-U.), 1981, ch. 54], dans laquelle une distinction était faite entre le propriétaire et la personne qui exerce un contrôle sur un navire. Cela est passablement différent du paragraphe 43(8) de la *Loi sur la Cour fédérale* où, contrairement à la législation anglaise, aucune distinction de ce genre n’est faite de façon à établir une distinction entre le propriétaire enregistré et le propriétaire de fait du navire qui exerce réellement le contrôle ultime sur le navire et jouit des droits de propriété. Il est ici soutenu que le fait que le mot «propriétaire» n’est pas accompagné d’un qualificatif devrait s’interpréter comme voulant dire qu’il s’entend du propriétaire au sens large, plutôt qu’au sens strict de propriétaire inscrit ou de propriétaire enregistré. De fait, dans l’arrêt *Jensen Star*,

with *in rem* jurisdiction, pointed out that “[a] passive importation of the English case law would no doubt be unwarranted” (at page 208). This leads to a distinction between the situation in *The Ryan Leet* and the situation here. In *The Ryan Leet* the registered owners involved were genuine operating companies, with one company owning the other. In the present case Mr. McEwen suggests and I acknowledge that he is correct, that the registered owners of the Leond Maritime fleet are sham companies and that the operating company for all of the ships is Leond Maritime Inc. In *The Ryan Leet* Mr. Justice Rothstein was unwilling to take what he viewed as a radical departure and pierce the corporate veil in order to provide a sistership remedy, but went on to say, in a footnote that [at page 70, footnote 1]:

Perhaps if separate corporate ownership of ships was seen to be a fraud or a sham, a court might be prepared to bridge the gap between the two companies.

[118] The present case is distinguishable from *The Ryan Leet*, for the registered owning companies are mere shell or sham companies disguising the fact that the true ownership is that of Leond Maritime Inc. At this point I agree that Ashland might enforce all of its claims, sistership and otherwise, against the *Nel*, but do not agree that those claims arising out of necessities supplied to other ships may be enforced here against the *Nel* as maritime liens.

[119] Mr. McEwen, quite correctly, comes to the conclusion that the issue of the transferability of a maritime lien to a sistership had not then been directly decided, distinguishing *Leoborg (No. 2), The*, [1964] 1 Lloyd’s Rep. 380 (Aust. H.C.), where the point was expressly left open, as it was not argued (page 382). Jackson in *Enforcement of Maritime Claims*, 2nd ed.,

précité, la Cour d’appel, en faisant remarquer les distinctions qui existent entre la législation britannique et la législation canadienne portant sur la compétence en matière réelle, a souligné qu’«[i]l ne serait certainement pas justifié d’introduire passivement dans notre droit la jurisprudence anglaise» (à la page 209). Cela nous amène à une distinction entre la situation qui existait dans l’affaire *Ryan Leet* et la situation présente. Dans l’affaire *Ryan Leet*, les propriétaires enregistrés en cause étaient de véritables sociétés en exploitation, une société étant propriétaire de l’autre. En l’espèce, M<sup>e</sup> McEwen soutient, avec raison à mon avis, que les propriétaires enregistrés de la flotte de Leond Maritime sont des sociétés fictives et que la société qui exploite tous les navires est Leond Maritime Inc. Dans l’affaire *Ryan Leet*, le juge Rothstein n’était pas prêt à adopter ce qu’il considérait comme un écart radical et à lever le voile corporatif afin d’accorder un recours relatif aux navires frères, mais il a ajouté ceci, dans une note de bas de page [à la page 70, note 1]:

Si la propriété de navires par des sociétés distinctes était considérée être une manœuvre frauduleuse ou une frime, un tribunal serait peut-être disposé à établir le lien entre les deux sociétés.

[118] Il est possible de faire une distinction entre la présente affaire et l’affaire *Ryan Leet*, car les sociétés qui sont propriétaires enregistrées sont de simples sociétés de façade ou sociétés fictives camouflant le fait que c’est Leond Maritime Inc. qui est le propriétaire réel. Je suis ici d’accord pour dire qu’Ashland pourrait faire valoir toutes ses réclamations, en se fondant sur la doctrine des navires frères ou autrement, à l’encontre du *Nel*, mais je ne suis pas prêt à dire qu’il est possible de faire valoir à l’encontre du *Nel* en tant que privilèges maritimes les réclamations découlant des approvisionnements nécessaires fournis aux autres navires.

[119] M<sup>e</sup> McEwen, avec raison, conclut que la question du transfert d’un privilège maritime un navire frère n’avait pas alors été directement réglée, faisant ainsi une distinction d’avec la décision *Leoborg (No. 2), The*, [1964] 1 Lloyd’s Rep. 380 (H.C. Aust.), où la question avait expressément été laissée en suspens étant donné qu’elle n’avait pas été débattue

1996, at page 391, is of the view that a maritime lien is confined to the ship involved in the claim and thus is enforceable against a sistership only as a statutory lien, but cites no authorities. Certainly that is the view of Tetley in *Maritime Liens and Claims*, second ed., *supra*, at page 1032:

Sister ship arrest is really an attachment, in this case, an attachment of the sister ship. Like an attachment, the sister ship arrest does not mean that the maritime lien against the offending ship becomes enforceable against the sister ship. For example, a claimant who may have a maritime lien for collision damage against the offending ship, does not obtain an equal maritime lien against the sister ship. Only the offending ship is subject to the maritime lien. The claimant who enforces his security against the sister ship ranks after all the maritime liens extant against the sister ship, as is only proper, because the rights of the lien holders against the sister ship must be respected. The claimant against the offending ship really has only a statutory right *in rem*, or something akin to an attachment, on the sister ship.

This passage, concluding that only the offending ship is subjected to a maritime lien and that the sisterships to a statutory right *in rem*, akin to an attachment, does have the weakness that is based on *Beldis, The*, [1936] P. 51 (C.A.); and *Julindur, In re The* (1853), 1 Sp. Ecc. & Ad. 71; 164 E.R. 42, both decided before sistership legislation was enacted. *Acrux, The*, [1965] P. 391, also relied upon by Mr. Tetley, dealt with maritime liens arising under foreign law which did not have a counterpart under English law. *The Acrux* was disapproved in *The Galaxias, supra*, at pages 412-413, as inconsistent with Canadian maritime law. All of this is, however, an indication that the offending ship is the only ship subject to the maritime lien, a conclusion reached in *The Atlantis Two, supra*, by going back to a basic analysis.

[120] I would not normally deal with cases decided after a matter was argued, without going back to

(page 382). Dans *Enforcement of Maritime Claims*, 2<sup>e</sup> éd., 1996, à la page 391, Jackson affirme qu'un privilège maritime est limité au navire visé par la réclamation et qu'il ne peut donc être exercé contre un navire frère qu'en tant que privilège prévu par la loi, mais il ne cite pas d'ouvrages et d'arrêts à l'appui. À coup sûr, tel est l'avis exprimé par Tetley dans *Maritime Liens and Claims*, 2<sup>e</sup> éd., précité à la page 1032:

[TRADUCTION] La saisie d'un navire frère est en réalité une saisie-arrêt en mains tierces, soit dans ce cas-ci, une saisie-arrêt du navire frère. Comme une saisie-arrêt en mains tierces, la saisie d'un navire frère ne veut pas dire qu'il est possible de faire valoir contre le navire frère le privilège maritime auquel le navire en cause est assujéti. Ainsi, le créancier qui peut détenir un privilège maritime sur le navire en cause à l'égard des dommages subis lors d'une collision ne détient pas de privilège maritime contre le navire frère. Seul le navire en cause est assujéti au privilège maritime. Le créancier qui fait valoir sa garantie contre le navire frère prend rang après les titulaires de privilèges maritimes sur le navire frère; il est juste qu'il en soit ainsi parce que les droits des titulaires de privilèges auxquels le navire frère est assujéti doivent être respectés. La personne qui a une réclamation à l'encontre du navire en cause n'a en réalité qu'un droit réel prévu par la loi, ou quelque chose du genre d'une saisie-arrêt, à l'égard du navire frère.

Ce passage, dans lequel il est conclu que seul le navire en cause est assujéti à un privilège maritime et que les navires frères sont assujéti à un droit réel prévu par la loi semblable à une saisie-arrêt en mains tierces, est malheureusement fondé sur les décisions *Beldis, The*, [1936] P. 51 (C.A.); et *Julindur, In re The* (1853), 1 Sp. Ecc. & Ad. 71; 164 E.R. 42, qui ont toutes les deux été rendues avant que la législation sur les navires frères ait été édictée. La décision *Acrux, The*, [1965] P. 391, sur laquelle M. Tetley se fonde également, portait sur des privilèges maritimes découlant de lois étrangères qui n'avaient pas d'équivalent en droit anglais. La décision *Acrux* a été rejetée dans l'arrêt *Galaxias*, précité, aux pages 412 et 413, pour le motif qu'elle n'était pas conforme au droit maritime canadien. Toutefois, tout cela indique que le navire en cause est le seul navire assujéti au privilège maritime, conclusion qui a été tirée dans la décision *Atlantis Two*, précitée, à la suite d'une analyse des principes de base.

[120] Normalement, je ne traiterais pas de décisions rendues après qu'une question a été débattue sans

counsel to ask for further argument. However, in this instance, the claim of Ashland received a full hearing at the time and I think there was nothing further to be said and all the more so given Mr. Justice MacKay's view in *The Brussel*, *supra*, that a maritime lien forms a privileged claim against the specific ship, arising by operation of law. It attaches to the particular ship. He rejected the idea that the *Federal Court Act* ought to be construed to allow maritime lien holders with a claim against one ship to have the same priority as a maritime lien in relation to a sistership arrested in Canada. He felt that such an interpretation could not be given in the absence of legislation and then went on to quote [at paragraph 21] from *The Atlantis Two*:

. . . the substantive American maritime lien does not fit into the sister ship provision, section 43(8) of the Act, which merely refers to the jurisdiction conferred on the Court by section 22 of the Act, an *in personam* jurisdiction, as being enforceable against a sister ship, not a right or privilege against one ship being enforced against another ship. If American maritime lien holders wished to use the sister ship procedure here in Canada they would need sister ship legislation in the United States to enable them to bring into Canada a full blown maritime lien against the sister ship.

Of course, a lien holder, assuming he or she also had an *in personam* right against a shipowner and assuming that shipowner was the owner of not only the wrongdoing or debtor ship, but also the sister ship or ships at the relevant time, might bring that *in personam* right into Canada and enforce it, procedurally, against one or more of the sister ships. However the priority of such a claim would then only be that of a statutory right *in rem*, of no assistance here, given the limited sale proceeds involved.

[121] This leads to the conclusion that someone in the position of Ashland may enforce its claims against vessels related to the *Nel*, against the *Nel*, under the sistership provision in the *Federal Court Act*, but that when so enforced they do not have the same status as a maritime lien. They are enforced as statutory rights *in rem*, with a priority falling below that of a mortgage holder.

demander aux avocats de présenter des arguments additionnels. Toutefois, en l'espèce, la réclamation d'Ashland a déjà fait l'objet d'une audience complète et, à mon avis, il n'y a rien d'autre à dire, surtout s'il est tenu compte de l'avis exprimé par le juge MacKay dans la décision *Le Brussel*, précitée, à savoir qu'un privilège maritime constitue une créance privilégiée contre le navire en cause, par application de la loi. Ce privilège se rattache au navire en question. Le juge MacKay a rejeté l'idée selon laquelle la *Loi sur la Cour fédérale* devrait être interprétée de façon à accorder aux titulaires de privilèges maritimes qui ont une créance à l'égard d'un navire le même rang qu'à l'égard d'un navire frère saisi au Canada. Il croyait qu'il n'était pas possible de donner pareille interprétation en l'absence de dispositions légales; il a ensuite cité le passage suivant [au paragraphe 21] de la décision *Atlantis Two*:

[. . .] le privilège maritime américain fondamental n'est pas visé par la disposition relative aux navires frères, à savoir le paragraphe 43(8) de la Loi, qui se rapporte simplement à la compétence conférée à la Cour par l'article 22 de la Loi, soit une compétence en matière personnelle qui peut être invoquée contre un navire frère plutôt qu'un droit ou privilège existant sur un navire, qui est exercé contre un autre navire. Si les titulaires de privilèges maritimes américains voulaient utiliser ici au Canada la procédure relative aux navires frères, il devrait exister aux États-Unis des dispositions législatives sur les navires frères permettant à ces titulaires d'invoquer au Canada un privilège maritime complet contre le navire frère.

Bien sûr, le titulaire d'un privilège, à supposer qu'il puisse également faire valoir un droit personnel contre le propriétaire du navire et à supposer que ce dernier soit, au moment pertinent, non seulement propriétaire du navire débiteur fautif, mais aussi du navire frère ou des navires frères, pourrait invoquer ce droit personnel au Canada et l'exercer, sur le plan de la procédure, contre tout navire frère. Toutefois, pareille créance occuperait uniquement le même rang qu'un droit légal réel, ce qui est peu utile en l'espèce, étant donné que le produit de la vente est restreint.

[121] Cela nous amène à la conclusion selon laquelle une personne qui est dans la situation d'Ashland peut faire valoir ses créances sur le *Nel* contre des navires liés au *Nel* en vertu de la disposition de la *Loi sur la Cour fédérale* relative aux navires frères, mais qu'en pareil cas, ces créances n'ont pas le même statut qu'un privilège maritime. Il s'agit de droits réels prévus par la loi prenant rang après une hypothèque.

[122] Counsel for Ashland then goes on to submit, in the alternative, that the claim of the Bank of Scotland ought to be postponed to the entire amount of Ashland's claim. This is a concept which I have already rejected. I would add that Ashland is a sophisticated supplier and knows the pitfalls of supplying necessities in jurisdictions where there is no sistership legislation. Further, in England, the sistership legislation is of no assistance to such a supplier, for an American maritime lien does not survive the transition into English law as a maritime lien. Here the only unknown was the maritime lien and sistership situation in Canada. It is perhaps unfortunate that Ashland cannot bring a priority into these proceedings, but that is the conclusion I have reached.

[123] Ashland also submits that the Bank of Scotland ought to be thrown back on the doctrine of marshalling, a concept involving a creditor with only one fund upon which it is able to claim and a second creditor with security against two or more funds, the latter being, in some instances, required to organize recovery so as not to prejudice the former. This was a concept explored in *Scott Steel Ltd. v. The Alarissa*, *supra*, at page 930 and following. The difficulty here is that Mr. Leondaras, although in control of the whole fleet, had never given a guarantee: see question 558 of the 21 August 1998 cross-examination of Mr. Myles of the Bank of Scotland. Save as to the *Blue L.* there is no evidence of the Bank of Scotland either receiving any contingent rights or being able to call upon purchasers of vessels from the Leond Maritime fleet for any funds which might lead to a sharing of the burden under the concept of marshalling. Thus the Bank of Scotland had no alternative fund to first exhaust.

[124] In summary, Ashland shall have, as a maritime lien holder with priority ahead of the Bank of Scotland, the sum of \$9,712.88. While it is possible to work out an interest figure for each of the invoices, which spread over a period between December of

[122] L'avocat d'Ashland soutient ensuite subsidiairement que la créance de la Bank of Scotland devrait être payée après celle d'Ashland. J'ai déjà rejeté pareille idée. Je tiens à ajouter qu'Ashland est un fournisseur expérimenté qui est parfaitement au courant des problèmes que pose la fourniture d'approvisionnements nécessaires dans des pays où il n'y a pas de législation concernant les navires frères. En outre, en Angleterre, la législation relative aux navires frères n'aide pas un tel fournisseur, car un privilège maritime américain ne continue pas à exister comme privilège maritime sous le régime du droit anglais. En l'espèce, le seul facteur inconnu se rapportait à la situation qui existe au Canada relativement aux privilèges maritimes et aux navires frères. Il est peut-être malheureux qu'Ashland ne puisse pas avoir priorité dans la présente instance, mais telle est la conclusion que j'ai tirée.

[123] Ashland soutient également que la Bank of Scotland devrait occuper un rang inférieur conformément à la doctrine de la collocation, selon laquelle si un créancier ne peut faire valoir sa réclamation que sur un seul fonds alors qu'un autre créancier détenant une garantie peut faire valoir la sienne sur plus d'un fonds, ce dernier créancier est dans certains cas obligé d'organiser le recouvrement de façon à ne pas causer de préjudice au premier créancier. Ce concept a été examiné dans la décision *Scott Steel Ltd. c. L'Alarissa*, précitée, aux pages 930 et suivantes. Le problème qui se pose ici est que même s'il contrôle toute la flotte, M. Leondaras n'a jamais fourni de garantie: voir la question 558 qui a été posée lorsque M. Myles, de la Bank of Scotland, a été contre-interrogé le 21 août 1998. Sauf en ce qui concerne le *Blue L.*, rien ne montre que la banque ait reçu des droits éventuels ou qu'elle puisse réclamer aux acheteurs des navires de la flotte de Leond Maritime des fonds qui pourraient entraîner le partage du fardeau en vertu de la doctrine de la collocation. La banque ne disposait donc d'aucun autre fonds à épuiser en premier lieu.

[124] En résumé, Ashland obtiendra la somme de 9 712,88 \$, en sa qualité de titulaire d'un privilège maritime prenant rang avant la Bank of Scotland. Il est possible de calculer les intérêts pour chacune des factures, qui vont du mois de décembre 1996 au mois



1996 and April of 1997, the invoices being net 30 days, it is simpler to take an average by inspection: interest not being specified on the invoices it shall run at 7% on the whole amount from 15 February 1997 to the date of sale and thereafter at the rate that interest was paid on the sale proceeds while held in trust.

#### Claim of Sait Communications S.A.

[125] Sait Communications S.A., of Antwerp, Belgium, claims a maritime lien in the amount of 776,000 Belgian francs, being \$20,672.64, together with interest.

[126] Belgian necessities suppliers, by virtue of the *International Convention for the Unification of Certain Rules Relating to Maritime Liens and Mortgages and Protocol of Signature*, signed at Brussels of April 10, 1926, have the benefit of maritime liens for contractual claims as set out Article 23 of the *Belgian Maritime Code*. Article 23 of the *Belgian Maritime Code* provides, in part, that there is a maritime lien for:

(5) Claims resulting from contracts entered into or acts done by the master, acting within the scope of his authority, away from the vessel's home port, where such contracts or acts are necessary for the preservation of the vessel or the continuation of its voyage, whether the master is or is not at the same time owner of the vessel, and whether the claim is his own or that of ship-chandlers, repairers, lenders or other contractual creditors.

[127] I have considered the affidavit of Trudo Motmans, a Belgian advocate, presented as an expert by the Bank of Scotland. From his credentials it is appropriate to consider him an expert on Belgian maritime law and particularly as to claims of maritime lien under the law of Belgium.

[128] Mr. Motmans concedes that the Belgian Maritime Code grants a maritime lien which survives the sale of a vessel. However he makes an initial telling point, utilizing the claim affidavit of Mr. Erik Ceuppens, General Manager and Managing Director of

d'avril 1997, les conditions de paiement étant «net dans 30 jours», mais sur examen, il est plus simple d'adopter un taux moyen: les intérêts n'étant pas précisés dans les factures, le taux applicable sera de 7 p. 100 sur l'ensemble du montant, à compter du 15 février 1997 jusqu'à la date de la vente et, par la suite, le taux applicable sera celui auquel les intérêts ont été payés sur le produit de la vente pendant qu'il était détenu en fiducie.

#### Réclamation de Sait Communications S.A.

[125] Sait Communications S.A., d'Anvers, en Belgique, fait valoir un privilège maritime d'un montant de 776 000 francs belges, ce qui correspond à 20 672,64 \$, avec les intérêts.

[126] Les fournisseurs belges d'approvisionnements nécessaires, en vertu de la *Convention internationale pour l'unification de certaines règles relatives aux privilèges et hypothèques maritimes et protocole de signature*, signée à Bruxelles le 10 avril 1926, détient des privilèges maritimes pour des réclamations contractuelles conformément à l'article 23 du *Code maritime belge*, qui prévoit notamment qu'il existe un privilège maritime pour:

5) Les créances provenant des contrats passés ou d'opérations effectuées par le capitaine hors du port d'attache, en vertu de ses pouvoirs légaux, pour les besoins réels de la conservation du navire ou de la continuation du voyage, sans distinguer si le capitaine est ou non en même temps propriétaire du navire et si la créance est la sienne ou celle des fournisseurs, réparateurs, prêteurs ou autres contractants.

[127] J'ai examiné l'affidavit de Trudo Motmans, un avocat belge, que la Bank of Scotland a présenté à titre d'expert. Compte tenu des titres de compétence de M. Motmans, il convient de le considérer comme un expert en droit maritime belge, en particulier en ce qui concerne les réclamations fondées sur un privilège maritime sous le régime du droit belge.

[128] M. Motmans concède que le Code maritime belge accorde un privilège maritime qui continue à exister même après la vente d'un navire. Toutefois, il soulève un argument initial convaincant, en se fondant sur l'affidavit de réclamation de M. Erick Ceuppens,

Sait Communications S.A., that the service contract relied upon was one entered into between Sait Communications S.A. and Oceanprofile Maritime Limited, as ship owner and Leond Maritime Inc. as agent of the shipowner. The contract not having been made by the master, as is required by the Belgian Maritime Code, no maritime lien can arise.

[129] Second, Mr. Motmans notes that the contract must be made outside the home port: it is Mr. Motmans' view that this does not meet the home port condition set out in the Belgian Maritime Code. Third, to give rise to a maritime lien, the captain must have acted on the basis of the powers given to him by law. Here the master did not execute the agreement. In Mr. Motmans' view, this is another failing. Fourth, in order to qualify for the status of a maritime lien, the services rendered must be necessary for the maintenance of the vessel or for the continuation of the voyage. In Mr. Motmans' view the fact that the services were not rendered until May of 1997 is fatal.

[130] At least some of these contentions are arguable. However I find it persuasive that this is not a claim resulting from a contract entered into by the master, acting within the scope of his authority and away from the vessel's home port. I find that no maritime lien has accrued to Sait Communications S.A.

#### Claim of Bureau Veritas

[131] Bureau Veritas, a ship classification organization based in France, claims the equivalent of \$10,547.04 for various surveys carried out at Pohang, Korea. These surveys were undertaken pursuant to an agreement of 29 June 1995 between Bureau Veritas and Leond Maritime, by which Leond Maritime agreed to class all of the ships operated by it and any new construction with Bureau Veritas. In return Bureau Veritas agreed to carry out class and statutory surveys at fixed annual American dollar fees.

directeur général et administrateur délégué de Sait Communications S.A., à savoir que le contrat de service invoqué a été conclu entre Sait Communications S.A. et Oceanprofile Maritime Limited, en sa qualité de propriétaire du navire, et Leond Maritime Inc., en sa qualité d'agent du propriétaire du navire. Le contrat n'ayant pas été conclu par le capitaine, comme l'exige le Code maritime belge, aucun privilège maritime ne peut prendre naissance.

[129] Deuxièmement, M. Motmans fait remarquer que le contrat doit être conclu ailleurs qu'au port d'attache: à son avis, cela n'est pas conforme à la condition relative au port d'attache énoncée dans le Code maritime belge. Troisièmement, pour qu'un privilège maritime soit créé, le capitaine doit avoir agi en se fondant sur les pouvoirs qui lui sont conférés par la loi. Dans ce cas-ci, le capitaine n'a pas signé l'entente. De l'avis de M. Motmans, il s'agit d'un autre défaut. Quatrièmement, pour être admissibles à titre de privilège maritime, les services rendus doivent être nécessaires aux fins de l'entretien du navire ou de la continuation du voyage. De l'avis de M. Motmans, le fait que les services n'ont été rendus qu'au mois de mai 1997 porte un coup fatal.

[130] Certaines de ces prétentions sont contestables. Toutefois, le fait que, dans ce cas-ci, la réclamation ne résulte pas d'un contrat passé par le capitaine hors du port d'attache, en vertu de ses pouvoirs légaux, est à mon avis persuasif. Je conclus que Sait Communications S.A. n'a acquis aucun privilège maritime.

#### Réclamation de Bureau Veritas

[131] Bureau Veritas, une société de classification de navires établie en France, réclame une somme correspondant à 10 547,04 \$ pour diverses études effectuées à Pohang, en Corée. Ces études ont été effectuées conformément à une entente conclue le 29 juin 1995 entre Bureau Veritas et Leond Maritime, par laquelle cette dernière convenait de faire classer tous les navires qu'elle exploitait et tout nouveau navire par Bureau Veritas. De son côté, Bureau Veritas s'engageait à inspecter les navires aux fins du classement ou en application de la loi moyennant le paiement de droits annuels fixes exprimés en dollars américains.

[132] The expert affidavit filed on behalf of Bureau Veritas, that of Thierry d'Ornano of Marseille, sets out the background, appends a copy of the 29 June 1995 agreement and concludes that under French law the claim of Bureau Veritas created a maritime lien, which existed at the relevant time, the surveys having been carried out in September of 1997.

[133] Mr. d'Ornano does not set out the reason why he concludes that a maritime lien exists. However, I note that France ratified the 1926 Brussels Convention on Maritime Liens and Mortgages and has adopted the Convention, including Article 2(5), into its own law. Thus a necessities supplier, in certain instances, has a basis for a maritime lien.

[134] Mr. Tetley, in the second edition, 1998, of *Maritime Liens and Claims*, sets out the requirements for a necessities lien in France at page 607 and following. He makes the point that:

a) The necessities must have been ordered by the master. The *Cour d'Appel de Paris* has held that the claim by a supplier of bunkers was not privileged because the bunkers had not been ordered by the master. In fact, the supplier had dealt with the shipowner and was held to have relied on the latter's credit. The same court, however, recognized the privilege of another supplier to the same ship because, in that case, the supplies had been ordered by the master.

[135] In the present instance Bureau Veritas clearly dealt with and indeed contracted with the shipowner and not with the master. There is every appearance that Bureau Veritas relied upon the credit of the shipowner. This is similar to the situation which I analysed at length, earlier, in the case of the claim of Aktina and which I touched upon in the claim of Sait Communications.

[136] The claim of Bureau Veritas to a share of the sale proceeds based upon a maritime lien is denied. I do not have to decide whether Bureau Veritas has a claim in the form of a statutory right *in rem*, or whether the claim is merely an *in personam* one

[132] Dans l'affidavit d'expert qui a été déposé pour le compte de Bureau Veritas, Thierry d'Ornano, de Marseille, énonce l'historique de l'affaire, joint une copie de l'entente du 29 juin 1995 et conclut que sous le régime du droit français, la réclamation de Bureau Veritas constituait un privilège maritime, qui avait été créé en temps utile, les inspections ayant été effectuées au mois de septembre 1997.

[133] M. D'Ornano n'énonce pas la raison pour laquelle il conclut à l'existence d'un privilège maritime. Toutefois, je remarque que la France a ratifié la Convention de Bruxelles de 1926 sur les privilèges et les hypothèques maritimes et l'a adoptée, y compris l'article 2(5), dans sa propre législation. Par conséquent, un fournisseur d'approvisionnements nécessaires dispose dans certains cas d'un privilège maritime.

[134] Dans la deuxième édition, 1998, de *Maritime Liens and Claims*, M. Tetley énonce les conditions applicables au privilège relatif aux approvisionnements nécessaires en France, aux pages 607 et suivantes. Il souligne ce qui suit:

[TRADUCTION] a) Les approvisionnements nécessaires doivent être commandés par le capitaine. La Cour d'appel de Paris a statué que la réclamation d'un fournisseur de soutes n'était pas privilégiée parce que les soutes n'avaient pas été commandées par le capitaine. De fait, le fournisseur avait traité avec le propriétaire du navire et il a été statué qu'il s'était fondé sur le crédit de ce dernier. Toutefois, le même tribunal a reconnu le privilège d'un autre fournisseur à l'égard du même navire parce que, dans ce cas-là, les fournitures avaient été commandées par le capitaine.

[135] En l'espèce, Bureau Veritas a clairement traité avec le propriétaire du navire plutôt qu'avec le capitaine et a de fait conclu un contrat avec le propriétaire. Tout semble indiquer que Bureau Veritas s'est fondé sur le crédit du propriétaire du navire. Cela ressemble à la situation que j'ai ci-dessus analysée à fond dans le cas de la réclamation d'Aktina et que j'ai mentionnée dans le cas de la réclamation de Sait Communications.

[136] La réclamation de Bureau Veritas à l'égard d'une partie du produit de la vente, fondée sur un privilège maritime, est rejetée. Je n'ai pas à déterminer si Bureau Veritas dispose d'une réclamation sous la forme d'un droit réel prévu par la loi, ou s'il s'agit

against Leond Maritime, for such a claim would fall after the priority held by the Bank of Scotland: there will be insufficient funds to satisfy the Bank of Scotland's claim.

#### Claim of Mariners' Medical Clinic

[137] There are a number of claims which, unfortunately from the point of view of those claimants, are accorded only a valid statutory claim *in rem*, all with a common priority below that of the mortgagee, the Bank of Scotland. From that position there is nothing to recoup, for the Bank of Scotland, even after disallowing some \$1.7 million of their claim, is entitled to the remainder of the sale price once those claimants with the status of maritime lien holders have been satisfied. This is unfortunate, but not surprising, for such is the usual lot of necessities suppliers, outside of those supplying goods from or through the United States, who, for competitive reasons, feel they must sell on credit. To such suppliers, unless they organize their affairs to take advantage of American law and the resulting maritime lien for necessities, the outcome holds no surprises. They have a choice whether or not to supply goods or services on credit when times are uncertain in the shipping world. This ability to decide whether or not to sell their goods or services distinguishes such creditors from Mariners' Medical Clinic, a Vancouver organization which supplies medical services to seamen and furnishes medical supplies to ships for the use of seamen. In this instance, Mariners' Medical Clinic arranged a survey of the *Nel's* medical supplies and provided medical supplies in order to bring the ship up to the statutory standard, in November of 1997. These services and supplies, in the amount of \$1,353.31, were for the benefit of and the use by crew members of the *Nel*.

[138] As I understand the situation Mariners' Medical Clinic has no ethical choice but to assist mariners

simplement d'une réclamation personnelle contre Leond Maritime, car cette réclamation prendrait rang après celle de la Bank of Scotland: il n'y aura pas suffisamment de fonds pour payer la créance de la Bank of Scotland.

#### Réclamation de Mariners' Medical Clinic

[137] Il y a un certain nombre de réclamations qui, malheureusement pour les créanciers concernés, ne sont reconnues que comme droits réels prévus par la loi, occupant toutes un rang inférieur à celui de la Bank of Scotland, en sa qualité de créancière hypothécaire. En occupant ce rang, les créanciers concernés ne peuvent rien recouvrer; en effet, même si un montant d'environ 1,7 million de dollars est rejeté à l'égard de sa réclamation, la Bank of Scotland aura droit au reliquat du prix de vente une fois que les créanciers ayant le statut de titulaires de privilèges maritimes auront été désintéressés. C'est malheureux, mais ce n'est pas surprenant, car tel est habituellement le sort réservé aux fournisseurs d'approvisionnements nécessaires, à part ceux qui fournissent des marchandises depuis les États-Unis ou en passant par les États-Unis, qui, pour des raisons de concurrence, estiment devoir vendre à crédit. Le résultat ne surprend pas ces fournisseurs, à moins qu'ils n'organisent leurs affaires de façon à tirer parti du droit américain et du privilège maritime en résultant à l'égard des approvisionnements nécessaires. Ces fournisseurs ont le choix de fournir ou de ne pas fournir les marchandises ou services à crédit lorsque les temps sont incertains dans les milieux maritimes. Cette capacité de décider de vendre ou de ne pas vendre leurs marchandises ou services distingue ces créanciers de Mariners' Medical Clinic, une organisation de Vancouver qui fournit des services médicaux aux marins et approvisionne les navires en fournitures médicales à l'intention des marins. Dans ce cas-ci, Mariners' Medical Clinic a veillé à ce que les fournitures médicales destinées au *Nel* soient vérifiées et elle a approvisionné le navire en fournitures médicales au mois de novembre 1997, de façon qu'il satisfasse à la norme légale. Ces services et fournitures, d'un montant de 1 353,31 \$, étaient destinés aux membres de l'équipage du *Nel*.

[138] Si je comprends bien, Mariners' Medical Clinic se voit moralement obligée de fournir au besoin

with their medical needs when called upon. Nor would I like to see Dr. Karon, of Mariners' Medical Clinic, forced to choose ships to which medical services, be it directly to ailing crew members or indirectly in the form of medical supplies, should be denied. Just as the liens of seamen are sacred (*John G. Stevens, The*, 170 U.S. 113 (1898), at page 119) and the claims for maintenance and cure, that is providing for seamen who have become ill or injured as crew members, rank high in the American system of priorities, so ought the claims of those who, having no real choice, provide for the basic and essential well-being of seamen, unless the circumstance dictate to the contrary.

[139] In this instance the circumstances are such that it is appropriate, proper and in keeping with the concept of justice, that the usual priorities be varied so as to place Mariners' Medical Clinic in a position analogous to that of the holder of a maritime lien.

[140] In addition to its claim of \$1,353.31, Mariners' Medical Clinic shall have interest on a 30-day net basis running from 11 December 1997 at the rate of return earned on the sale proceeds while held in trust.

#### Holders of Statutory Rights *In Rem*

[141] There are a number of claimants, both Canadian and offshore, who do not have the benefit of the maritime lien accorded those necessities suppliers who may rely upon the law of a more favourable jurisdiction. These claimants who are not so favoured have only a statutory right *in rem* upon which to rely, with a priority below that of a mortgagee. As such, in this instance, there are no surplus funds available.

[142] The holders of statutory rights *in rem* are as follows:

1. Legend Marine Singapore Ptc. Ltd., a necessities supplier with a claim amounting to \$23,678.45 for general goods supplied to the ship. Although some

des services médicaux aux marins. Je ne voudrais pas non plus voir le docteur Karon, de Mariners' Medical Clinic, être contraint à choisir les navires auxquels des services médicaux devraient être refusés, que ce soit directement aux membres malades de l'équipage ou indirectement sous la forme de fournitures médicales. De la même façon que les privilèges des marins sont sacrés (*John G. Stevens, The*, 170 U.S. 113 (1898), à la page 119), et que les réclamations relatives aux soins et traitements fournis aux marins qui sont tombés malades ou qui ont été blessés pendant qu'ils servaient à bord d'un navire occupent un rang élevé selon le système américain des priorités, il en va de même pour les réclamations des personnes qui, n'ayant pas vraiment le choix, assurent le bien-être essentiel des marins, à moins que les circonstances ne dictent le contraire.

[139] En l'espèce, les circonstances sont telles qu'il est approprié et juste que l'ordre de priorité habituel soit modifié de façon à placer Mariners' Medical Clinic dans une situation analogue à celle du titulaire d'un privilège maritime.

[140] En plus de sa réclamation de 1 353,31 \$, Mariners' Medical Clinic aura droit à des intérêts sur la base «net dans 30 jours», à compter du 11 décembre 1997, au taux applicable au produit de la vente pendant qu'il était détenu en fiducie.

#### Titulaires de droits réels prévus par la loi

[141] Il y a un certain nombre de créanciers, tant canadiens qu'étrangers, ne bénéficiant pas du privilège maritime accordé aux fournisseurs d'approvisionnements nécessaires qui peuvent se fonder sur le droit d'un pays plus favorable. Les créanciers qui ne bénéficient pas de cet avantage peuvent uniquement invoquer un droit réel prévu par la loi et prendre rang après le créancier hypothécaire. Cela étant, il n'y a pas de fonds excédentaires qui soient disponibles en l'espèce.

[142] Les titulaires de droits réels prévu par la loi sont les suivants:

1. Legend Marine Singapore Ptc. Ltd., un fournisseur d'approvisionnements nécessaires dont la créance s'élève à 23 678,45 \$ pour les approvisionnements

\$280 is for medicines, Legend Marine, a general ship supply company, does not fall within the exception which I have given to Mariners' Medical Clinic, for Legend Marine may pick and choose its customers just as any other necessities supplier and well knows its situation, that of a supplier who will not be entitled to a maritime lien.

2. The Occupational and Environmental Health Services Agency of Health Canada claims the equivalent of \$445 for the issuance of a deratting exemption certificate. This again gives rise only to a statutory right *in rem*.

3. Tymac Launch Service Ltd., of Vancouver, claims for launch services to a from the *Nel*, to transport both a pilot and a surveyor, in an amount equivalent to \$523.44. These services give rise only to a statutory right *in rem*.

4. Empire International Stevedores Ltd. of Vancouver, which firm lime washed the holds of the *Nel* in order to provide protection against the sulfur cargo, claim for the equivalent of \$5,846.56. This is a statutory right *in rem*.

5. Various of the claims by or through Canpotex Shipping Services Limited, including a claim for bunkers, were resolved at an earlier stage. There remains the Canpotex general agency account for port disbursements in an amount equivalent to \$33,024.31. Unfortunately, by reason of location North of the American border, the Canpotex account, which would give rise to a maritime lien in the United States, merely results in a statutory right *in rem* in Canada. The claim therefore comes after that of the Bank of Scotland's mortgage.

#### ABANDONED CLAIMS

[143] A number of necessities suppliers with claims against the *Nel* either commenced separate proceedings or filed caveats. Some of those claimants subsequently filed affidavits of claim in this action

généraux fournis au navire. Une somme d'environ 280 \$ se rapporte à des médicaments, mais Legend Marine, une société qui s'occupe de l'approvisionnement général des navires n'est pas visée par l'exception que j'ai reconnue à l'égard de Mariners' Medical Clinic, car comme tout autre fournisseur d'approvisionnements nécessaires, elle peut choisir ses clients et elle est parfaitement au courant de la situation dans laquelle elle se trouve, qui est celle d'un fournisseur qui n'a pas droit à un privilège maritime.

2. L'agence des services de santé au travail et d'hygiène du milieu, à Santé Canada, réclame l'équivalent de 445 \$ pour la délivrance d'un certificat d'exemption de dératissage. Ici encore, cela donne uniquement naissance à un droit réel prévu par la loi.

3. Tymac Launch Service Ltd., de Vancouver, réclame un montant correspondant à 523,44 \$ pour les services de transport par vedette qu'elle a fournis lorsqu'il s'est agi de transporter un pilote et un expert jusqu'au *Nel* et de les en ramener. Ces services donnent uniquement naissance à un droit réel prévu par la loi.

4. Empire International Stevedores Ltd., de Vancouver, qui a badigeonné à la chaux les cales du *Nel* afin de les protéger contre la cargaison de soufre, réclame un montant correspondant à 5 846,56 \$. Il s'agit d'un droit réel prévu par la loi.

5. Diverses réclamations présentées par Canpotex Shipping Services Limited, ou par l'entremise de cette société, y compris une réclamation pour les soutes, ont été réglées à un stade antérieur de l'instance. Il reste le compte d'agence générale de Canpotex se rapportant aux débours portuaires, d'un montant correspondant à 33 024,31 \$. Malheureusement, étant donné qu'il a été établi au nord de la frontière américaine, le compte de Canpotex, qui aurait donné naissance à un privilège maritime aux États-Unis, crée simplement, au Canada, un droit réel prévu par la loi. La réclamation vient donc après l'hypothèque de la Bank of Scotland.

#### RÉCLAMATIONS ABANDONNÉES

[143] Un certain nombre de fournisseurs d'approvisionnements nécessaires ayant des réclamations contre le *Nel* ont engagé des procédures distinctes ou déposé des *caveat*. Certains de ces créanciers ont subséquem-

within the time stipulated for filing claims. Those who did not file affidavits of claim are Tramp Oil & Marine Ltd., United Maritime Supplies Ltd., Petro Marine Products, Howe Robinson & Co. Ltd., Reliance National Insurance and Jardine Shipping Agencies (Hong Kong) Limited. It may be that some of these claims were settled by or on behalf of owners before the present action was initiated. Others may have abandoned their claims. For the record the five claimants listed above, to the extent their claims have not already been settled, are deemed to have abandoned any claims to the sale proceeds of the *Nel*.

#### CONCLUSION

[144] The order which follows these reasons is intended to set out the ultimate disposal of the balance of the sale proceeds and interest which are held in trust. Each successful claimant must now advise Campney & Murphy, who hold the proceeds and interest in trust, of their interest calculation made in conformity with these reasons.

[145] Counsel may wish to speak to the subject of costs. While the Bank of Scotland has received some reimbursement for the expenses of bringing the *Nel* to the point of sale and would be entitled to related taxable costs and disbursements, there is no point in making such an order for those amounts would merely come out of the present surplus which will go to the Bank of Scotland in any event.

[146] As to any other claims to costs and disbursements, I would point out to the claimants that their claims have, in almost every instance, met with mixed results and thus it might be appropriate that all of the parties absorb their own costs.

[147] I thank all of the counsel involved in this matter, going back to the time of the arrest of the *Nel*, for their assistance.

ment déposé des affidavits de réclamation dans la présente action dans le délai imparti. Les créanciers qui n'ont pas déposé d'affidavits de réclamation sont Tramp Oil & Marine Ltd., United Maritime Supplies Ltd., Petro Marine Products, Howe Robinson & Co. Ltd., Reliance National Insurance et Jardine Shipping Agencies (Hong Kong) Limited. Il se peut que certaines réclamations aient été réglées par les propriétaires ou pour le compte des propriétaires avant l'introduction de la présente action. D'autres créanciers ont peut-être abandonné leurs réclamations. Aux fins du dossier, les cinq créanciers ci-dessus désignés, dans la mesure où leurs réclamations n'ont pas déjà été réglées, sont réputés avoir abandonné toute réclamation sur le produit de la vente du *Nel*.

#### CONCLUSION

[144] L'ordonnance qui suit les présents motifs est destinée à faire état de la répartition finale du solde du produit de la vente et des intérêts qui sont détenus en fiducie. Chaque créancier qui a gain de cause doit maintenant faire parvenir à Campney & Murphy, qui détient le produit et les intérêts en fiducie, le calcul de ses intérêts effectué conformément aux présents motifs.

[145] Les avocats voudront peut-être traiter de la question des dépens. La Bank of Scotland a été en partie dédommée des dépenses qu'elle avait engagées en vue de la mise en vente du *Nel* et elle aurait droit aux dépens et débours taxables y afférents, mais il ne sert à rien de rendre une telle ordonnance car ces montants proviendraient simplement de l'excédent, qui de toute façon sera remis à la banque.

[146] En ce qui concerne toute autre réclamation relative aux dépens et aux débours, j'aimerais faire remarquer aux créanciers que leurs réclamations ont dans presque tous les cas connu des résultats variables, et qu'il conviendrait donc peut-être que toutes les parties absorbent leurs propres dépens.

[147] Je remercie tous les avocats qui ont participé à l'instance, et ce, depuis aussi loin que la saisie du *Nel*.





# DIGESTS

*Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. A copy of the full text of any Federal Court decision may be ordered from the central registry of the Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.*

## ACCESS TO INFORMATION

Judicial review pursuant to Access to Information Act, s. 41 of refusals by head of Environment Canada (EC) to disclose records requested by applicant—First application concerning request for documents relating to applicant, his company Gateway Industries Ltd., including deleted e-mails—EC informing applicant e-mail search would cost \$5,700, requested 50% deposit—Applicant deleted e-mail search from original request, never reasserting e-mail search request—Requested information provided, except for some information being withheld pursuant to s. 19—Applicant filed complaint with Information Commissioner based on assertion “positive” EC having many more records, but unable to provide “concrete evidence” of belief—Information Commissioner not supporting complaint—Second application concerning request for any information pertaining to six named EC employees, any communications between them, from them, to them in relation to applicant and/or company—EC unable to locate any records in relation to request—Applicant filed complaint as positive records concerning request, but unable to provide concrete evidence of allegation—EC document search related to complaint investigation disclosing all but one document requested already released to applicant in relation to different access request—Information Commissioner holding complaint not substantiated—Access to Information Act, s. 41 indicating judicial review available only where actual or constructive refusal of access continuing at time of hearing in Court—Without refusal, Court lacking jurisdiction to grant remedy, since order to disclose only remedy available—Where applicant claiming documents being withheld, must exist some evidence of fact beyond mere suspicion—Act, s. 11(2) permitting head of government institution to require payment of additional amount calculated in manner prescribed by regulation—S. 11(6) permitting head of government institution to waive fee requirement—Applications dismissed for lack of jurisdiction—No actual or constructive denial of access to information in either application—Court has no remedy to grant because legislation not providing for order of “more thorough search and

## ACCESS TO INFORMATION—Continued

disclosure”—Applicant neither demonstrating actual occurrences of refusal of access nor providing evidence supporting suspicions—That several meetings for which applicant seeking minutes shown never to have taken place undermining claim even further—As to fees, in addressing request for search of such deleted e-mails, Information Technology (IT) department of EC had to consider: system and software in use; manner of search to be undertaken; length of time e-mails in system before being purged; potential restrictions on search; number of hours required to complete task—To occupy one employee with single project for almost four months creating strain on IT department of EC—Quite reasonable to request additional fee—In forcing e-mail search applicant virtually commandeering EC employee for own purposes for significant period of time—Moreover must note feasibility of search in system maintaining deleted e-mails for period of only five weeks—Thus unless ongoing discussion regarding applicant and company, highly unlikely required four-month search useful—Case law, legislation both providing head of institution may waive fee—Language permissive—Within institution head’s discretion to weigh magnitude of request with amount of time, effort needed to provide information and then to determine whether imposition of fee required to ascertain conviction of applicant—Deposit only reinforcing applicant’s level of commitment to request, especially when significant amount of time, effort invested—Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 11(2), 19, 41.

BLANK V. CANADA (MINISTER OF ENVIRONMENT)  
(T-1474-99, T-1477-99, Muldoon J., order dated 5/10/00, 11 pp.)

Motion to prohibit respondent from proceeding to enforce subpoenas *duces tecum* against individual applicants in both cases until applications for judicial review in respect of subpoenas determined; motion to strike out applications; motions to authorize Information Commissioner to be respondent—In T-1640-00, requesters sought Prime Minis-

**ACCESS TO INFORMATION—Continued**

ter's daily agendas from 1994 under Access to Information Act—Privy Council Office (PCO) advising no such records under its control—Information Commissioner issuing subpoena to applicant, Mr. Hartley, Executive Assistant to Prime Minister to produce agendas in any format—Agendas existing in PMO as archived in electronic format—Created, maintained under supervision of Mr. Hartley—Containing information as to full range of Prime Minister's activities, including cabinet meetings, caucus meetings, foreign and diplomatic contacts, Liberal Party activities, personal, family appointments—Agendas created on single computer located in Mr. Hartley's office—Only Mr. Hartley, his assistant can change electronic agenda program on computer—Certain staff in PMO having read-only access to agendas, but nobody outside PMO having such access—Agendas archived from time to time, but those files accessible only by Mr. Hartley, his assistant—Changes may or may not be recorded in agenda—Copies of agenda shared with senior officials employed within PMO—Copy of next day's agenda, which may be edited to some degree faxed to selected officials—Copy of agenda showing only locations to be visited by Prime Minister available to RCMP—Until last year, Mr. Hartley faxing copy of next day's agenda to Clerk of Privy Council for sole information of Clerk, assistant on understanding agenda to be discarded after used—Only archived copies of agendas found in PMO itself—Mr. Hartley member of Prime Minister's exempt staff, not public servant—Not employee, officer of PCO—No official of Privy Council can give Mr. Hartley directions and he has no authority to issue orders to any such official—No knowledge of records under control of PCO—Applicants arguing these two offices not "government institutions" pursuant to s. 2; documents not subject to Act and cannot be accessed by Information Commissioner—In T-1641-00 DND received access to information request for minutes of 1999 M5 management meetings (informal meetings among Minister of National Defence, senior ministerial (exempt) staff, Deputy Minister of National Defence, Chief of Defence Staff)—Upon investigation of complaints when no documents fitting description in request found, subpoenas issued to applicants (executive assistant to Minister of National Defence, Director of Operations to Minister of National Defence, Director of Communications to Minister of National Defence) ordering each to produce all records obtained during duties, whether in their possession or not, containing information related to M5 management meetings—Each applicant member of exempt staff, not public servant—Each kept notebook containing information relating to duties in support of Minister—Notebooks not part of Records Management System of Minister's office, DND—Motions for interim relief, adding Information Commissioner as respondent allowed—Application of test for granting interim relief set out in *RJR—MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311—(1) Whether ministers' offices "government institutions" serious issue to be tried—Neither office of Minister of National Defence nor

**ACCESS TO INFORMATION—Continued**

PMO listed in Schedule I of Access to Information Act as government institutions—Ss. 21(1), (2)(b) appearing to differentiate between minister's office, government institution—Line of cases supporting this distinction as well as other cases supporting position Commissioner has duty to determine threshold issues of mixed fact, law, including whether records under control of government institution—Arguable declaratory relief sought could be granted since arguable neither PMO nor Office of Minister of National Defence government institutions within meaning of that phrase in Act, records sought by requesters not under control of PCO, DND—Related issue of whether individual applicants having relevant evidence to give with respect to subpoenas issued to them also serious issue to be tried—Records not in PCO or DND's possession—Applicants swearing no knowledge of any such documents—(2) Arguable Commissioner might be required to disclose certain information obtained by reason of s. 63 (circumstances where disclosure authorized)—While other sections requiring Commissioner to keep documents confidential, arguable may have power to release confidential documents to further investigation—Notwithstanding confidentiality provisions placed on Commissioner's office, irreparable harm to applicants if material in question released prior to determination of question on judicial review—(3) Balance of convenience favouring applicants, as nature of harm to them if interim relief granted far outweighing any inconvenience respondents may suffer from delay of continuation of Commissioner's investigation—As to motions to strike out applications for judicial review, generally improper to file motions to strike in judicial review proceedings—Proper manner to test merit of judicial review application to argue, appear at hearing of application itself—This proceeding not so clearly improper as to be bereft of any possibility of success—These types of documents held in control of PMO, ministers' offices kept confidential for 133 years, except for voluntary surrender—Arguable applicants having no alternative remedy under Act—Normally Commissioner would not be named as respondent—Under Federal Court Rules, 1998, r. 304(1)(b)(i) Commissioner would always be served with notices of application—R. 303(1)(a) contemplating applicant should name as respondents all persons directly affected by order sought except tribunal in respect of which application brought—R. 303(2) stating Attorney General should be named as respondent in situations where no other persons can be named as such—Leading to ridiculous result herein, since Attorney General of Canada would be both applicant, respondent—Under r. 303(3) where Court satisfied Attorney General unable, unwilling to act as respondent, Court may substitute another person, body including tribunal in respect of which application made, as respondent in place of Attorney General—In unusual circumstances of these applications appropriate for Commissioner to be respondent in both files—Leave granted to make Information Commissioner respondent in both applications—Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 2, 21, 63 (as am. by

**ACCESS TO INFORMATION—Concluded**

R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 187, Sch. V, item 1(2), Schedule—Federal Court Rules, 1998, rr. 303, 304.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. CANADA (INFORMATION COMMISSIONER) (T-1640-00, T-1641-00, McKeown J., order dated 19/10/00, 28 pp.)

**ADMINISTRATIVE LAW**

## JUDICIAL REVIEW

*Certiorari*

Appeal from Trial Judge's dismissal of application for judicial review of order quashing proceedings before Human Rights Tribunal ([1999] 3 F.C. 58) on ground appellant waived right to object to existence of reasonable apprehension of bias—Hearing before Tribunal commenced in 1996—In 1998 appellant moved to have complaints dismissed or to stay any further hearing on basis of *Bell Canada v. Canadian Telephone Employees Assn.*, [1998] 3 F.C. 244 (T.D.), wherein McGillis J. held scheme of Canadian Human Rights Act relating to security of tenure and to financial security weakens status of tribunal appointed under Act to such extent that it lacks requisite level of institutional independence, creates reasonable apprehension of bias—Applying principles laid down in *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623, McGillis J. quashed proceedings therein—Appeal dismissed—*Newfoundland Telephone* not having effect of rendering doctrine of waiver inoperable because bias causing proceedings before Tribunal to be wholly void, and of no effect—No issue of waiver in that case—As objection to proceedings therein clearly raised at very outset of hearing, Supreme Court of Canada not having occasion therein to address waiver—*R. v. Curragh Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 537 not assisting appellant—While determining principles of *Newfoundland Telephone* applied equally in criminal law context, availability of waiver explicitly accepted, but found not to be applicable in circumstances—Appellant arguing did not waive right to object, and did so promptly after decision in *Bell Canada* handed down—Provisions of Act as they stood at time hearing commenced created reasonable apprehension of bias, and nothing prevented appellant from challenging validity of proceedings at outset on that basis—*Bell Canada* changed nothing in this regard, and presented appellant with no new facts—Merely alerted appellant to deficiency in statute—Instead of raising issue of institutional independence at outset, appellant proceeded with hearing before Tribunal without raising slightest objection up to time filed motion in 1998—Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6.

ZÜNDEL v. CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION) (A-215-99, Stone J.A., judgment dated 10/11/00, 6 pp.)

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**

## EXCLUSION AND REMOVAL

*Inadmissible Persons*

Application for judicial review of decision by Minister's delegate forming opinion applicant constituted danger to public under Immigration Act, s. 46.01(1)(e)—On April 1, 1997, applicant presented himself at Canada Immigration Centre in Vancouver where made claim for refugee status, alleging fear of persecution in Honduras—Found to be eligible to make refugee application, conditional departure order made against him—Applicant convicted of three drug offences in United States under assumed names—Served only 18 months of three-year sentence before being released for good behaviour—Minister's delegate formed opinion applicant constituted danger to public under Act, s. 46.01(1)(e)—Reasons for decision not provided to applicant—Grounds for judicial review: applicant entitled to reasons for decision of Minister's delegate following S.C.C. decision in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817—*Baker* encompassing one or more principles of general application, not limited to narrow question of duty of fairness in applications made under Act, s. 114(2)—Analytical framework with respect to need for reasons applicable to other discretionary decisions—Whether reasons required will depend, among other things, upon significance of decision for individual, existence of statutory right of appeal—Right to apply for judicial review existing here as in *Baker*—Given importance of decision for individual, fact decision subject to judicial supervision, reasons required to be given—Reasons not given herein—Applicant not accorded procedural fairness in treatment of request for danger opinion under Immigration Act, s. 46.01(1)(e)—Question certified: Whether S.C.C. decision in *Baker* requires that reasons be provided where Minister, delegate forms opinion individual danger to public pursuant to Immigration Act, s. 46.01(1)(e)—Application allowed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 46.01 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14; S.C. 1992, c. 1, s. 73; c. 49, s. 36; 1995, c. 15, s. 9), 114 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 29; c. 29, s. 14; S.C. 1990, c. 38, s. 1; 1992, c. 49, s. 102; 1994, c. 26, s. 36).

NAVARRO v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3288-99, Pelletier J., order dated 14/9/00, 9 pp.)

Application for judicial review of decision by Minister's delegate finding applicant danger to public under Immigration Act, ss. 53(1)(d), 70(5)—Applicant alleging three breaches of natural justice—First breach incorrect information regarding time limit within which required to respond to Minister's request for submissions—Under normal circumstances, 15 days adequate amount of time for person to respond to notice received by applicant—No denial of natural justice on facts before Court—No obligation to

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

forward summary documents to applicant prior to decision being made—On circumstances of case, adequate balancing in summary report, reasons between danger to public, danger to applicant—Application dismissed—Question certified—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 53 (as am. by S.C. 1995, c. 15, s. 12), 70 (as am. *idem*, s. 13).

JAN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5756-99, IMM-5757-99, McKeown J., order dated 15/9/00, 6 pp.)

Appeal from F.C.T.D. decision ((1999), 171 F.T.R. 125) dismissing application for judicial review of IRB Appeal Division (IRBAD) decision dismissing appeal from deportation order—Question certified (and answered in negative) by T.D. Judge: whether IRBAD exceeded jurisdiction in considering public safety in appeal of deportation order under Immigration Act, s. 70(3)(b) appeal from removal on ground of compassionate and humanitarian considerations—Appeal dismissed—In determining whether H & C grounds to stop removal from Canada, open to IRBAD to take into account any fact relevant to assessment—Already decided in *Barrera v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 2 F.C. 3 (C.A.) IRBAD may consider seriousness of past criminal offences in making assessment—Act, s. 70(5) (designed to accelerate removal from Canada of persons found to constitute danger to public, by taking away right of appeal) of no assistance to appellant—Limitation of right of appeal in these circumstances manifestly not evidence of legislative intent to disregard public safety as relevant consideration under other provisions of Act—Finally, appellant went beyond certified question in arguing IRBAD misconstrued evidence before it regarding appellant's risk of re-offending—IRBAD manifestly considered all factors connected with rehabilitation of appellant—While appellant disagreeing with conclusion reached by IRBAD, unable to show conclusion unreasonable or patently unreasonable—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 70(3)(b) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18), (5) (as am. by S.C. 1995, c. 15, s. 13).

NAGULARAJAH V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (A-450-99, Noël J.A., judgment dated 16/11/00, 5 pp.)

## IMMIGRATION PRACTICE

Judicial review of refusal of application for permanent residence under Immigration Act, s. 46.04—S. 46.04(8) providing immigration officer shall not grant landing until applicant in possession of valid and subsisting passport or travel documents or satisfactory identity document—Applicant provided birth certificates as proof of identity—Further processing of application refused because birth

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

certificates not meeting requirements of s. 46.04(8)—No other evidence provided as to why birth certificates rejected—Department of Citizenship and Immigration's Operations Memorandum IP97-29 including birth certificates in list of documents possibly satisfying inquiry into applicant's identity—Applicant submitting duty of fairness requiring reasons be provided for deciding certain documents not satisfactory; legitimate expectation birth certificates would be accepted unless reasons for refusal provided—Application dismissed—*Popal v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 3 F.C. 532 (T.D.), wherein Gibson J. found reasons required where Minister rejected valid, subsisting passport and other documents pertaining to applicant's identity, distinguished because Parliament stating valid, subsisting passport must be accepted under s. 46.04(8)—Also in *Popal* applicants not told which documents not satisfactory—Minister retaining ability to exercise reasonable discretion in determining whether birth certificates satisfying requirement of s. 46.04(8)—Inclusion of birth certificate in Memorandum not constituting requirement officer provide reasons why birth certificate should not be accepted—Application of factors to determine scope of duty of fairness, including provision of written explanation for decision in certain circumstances, identified in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817—Duty of fairness with respect to context of s. 46.04(8) not including duty to give reasons—Decision being made whether landing should be granted—Applicants not entitled as of right to landing—Decision not to grant landing under s. 46.04(8) not having great deal of impact on applicants—Still enjoy right to remain in Canada, conferred upon them by Convention refugee status, and can have application reassessed once produce better proof of identity—Not barred from making subsequent landing applications under s. 46.04(8)—No legitimate expectation landing will automatically be granted as certain onerous conditions must be satisfied prior to such decision—Procedures used both to make, determine s. 46.04(8) applications not suggesting higher duty of fairness—Legitimate expectation created when decision maker by word, procedure or action creating reasonable expectation on part of person concerned that certain process will be followed in making decision—Importing specific process component to duty of fairness owed by decision maker, and duty of fairness breached if process not followed—Doctrine of legitimate expectation procedural, cannot be used to create substantive right or interfere with exercise of legislative power—Inclusion of birth certificate as example of what could constitute satisfactory identity document in Operations Memorandum not creating legitimate expectation that such documents would always be accepted—Statements in Operations Memorandum merely illustrating what documents may satisfy criteria for satisfactory identity document, and cannot be interpreted as saying respondent committing itself

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

to always accepting certain type of document for s. 46.04(8) purposes—No legitimate expectation by applicants that birth certificates would be acceptable—Question certified: are reasons required if application for landing refused pursuant to Immigration Act, s. 46.04(8)—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 46.04(8) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.)), c. 28, s. 14; as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 38).

VAIRAMUTHU V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3529-99, McKeown J., order dated 25/9/00, 7 pp.)

Judicial review of senior immigration officer's decision to issue notice of detention of M/V *Erla* and requirement of payment of \$15,000 security deposit to release vessel—*Erla* arrived in Newfoundland on July 1, 1999—Beneficial owner Fanney Ltd.—On November 5 Court ordered judicial sale of *Erla*—Latvian crew member deserted *Erla*, applied for Convention refugee status on November 10—By terms of Marshall's notice to creditors, creditors having until November 15, 1999 to file claims and any application to dispute filed claim to be made no later than November 29—On November 18 property in *Erla* passed to North Fishing from Fanney—On December 21, Minister of Citizenship and Immigration issuing direction for security deposit pursuant to Immigration Act, s. 92 against Fanney, Einskip (agent for *Erla* until June 10, 1999)—Respondent detaining *Erla* pursuant to detention order made under s. 92—S. 86 providing transportation company liable to pay removal costs in respect of crew member entering Canada as visitor who ceases to be visitor—Application allowed—When respondent gave direction for security, issued notice of detention, *Erla* already sold—*Osborn Refrigeration Sales and Service Inc. v. The Atlantean I* (1982), 7 D.L.R. (4th) 395 (F.C.A.) holding when ship sold by court in *in rem* proceedings, buyer acquiring complete title; all creditors who up to that time entitled to sue ship, cause it to be seized, losing rights to do so and only entitled to participate, in accordance with ranking of respective debts, in distribution of ship's selling price—Judicial sale taking effect on date on which ownership transferred to new owner—After that date creditors may not participate in distribution of selling price—Minister not making decision to hold transportation company liable for removal costs until after *Erla* sold—As respondent not filing claim against proceeds of sale of ship within stipulated time, claim invalid against proceeds of sale of ship—Ss. 86, 92 not creating lien attaching to ship so as to be able to by-pass law saying judicial sale of ship extinguishing rights of creditors who were, prior to sale, able to sue or cause ship to be seized—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 86 (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 75), 92 (as am. *idem*, s. 81).

NORTH FISHING LTD. V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-352-00, O'Keefe J., order dated 27/10/00, 11 pp.)

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

Application for stay of execution of removal order outstanding against applicants—Applicants, husband and wife, both from Trinidad—Have one child born in Canada—Refugee claims rejected as abandoned—Application for leave to apply for landing from within Canada on humanitarian and compassionate grounds filed in September 1999—Removals officer conveying decision not to defer removal on October 4, 2000—To succeed on application for stay, applicants must establish serious issue to be tried, irreparable harm if stay not granted, balance of convenience favours granting of stay to applicants over respondent's interest in executing statutory responsibility under Immigration Act, s. 48 to execute removal order "as soon as reasonably practicable"—Respondent's obligation to execute removal order "as soon as reasonably practicable" providing degree of discretion to removals officer to defer removal in appropriate circumstances—Whether, in all circumstances of matter, decision to refuse to defer removal reasonably open—Visa officer did not ignore Canadian-born child—Respondent far from diligent in pursuit of applicants' H & C application—On particular facts of matter and against relatively low threshold test, serious issue to be tried as to whether removals officer's decision not to defer removal reasonably open in light of Canada's international commitments regarding children's rights—If applicants returned to Trinidad, Canadian-born child must either go with parents to Trinidad or be left in Canada—Whichever course of action might be followed, irreparable harm would result to child—Balance of convenience favouring applicants—Application allowed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 48.

HARRY V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5248-00, Gibson J., order dated 20/10/00, 8 pp.)

Appeal on certified question ([1999] 3 F.C. D-20 (T.D.)) involving two issues—Board member already signing written reasons when Refugee Division receiving additional evidence from claimant—(1) For reasons given by McKeown J., once written reasons signed, Refugee Division's decision "rendered" within meaning of Immigration Act, s. 69.1(9)—Notification clearly, by words of statute, different process—Convention Refugee Determination Division Rules, R. 30 providing notice of decision to be signed by registrar, served "forthwith"—Decision therefore to be made "as soon as possible" under Act, and, once made, to be served "forthwith" under Rules—As already signed written reasons at time Refugee Division received additional evidence from claimant, Board member *functus*—(2) No evidence Board member saw document at issue prior to signing written reasons—No continuing obligation on Board member after conclusion of hearing and before signed written reasons to consider documents not filed at hearing

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**

—Continued

but which had come into possession of Refugee Division in meantime—Appeal dismissed; certified question answered in negative—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 69.1(9) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1992, c. 49, s. 60)—Convention Refugee Determination Division Rules, SOR/93-45, R. 30.

TAMBWE-LUBEMBA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (A-279-99, Décarry J.A., judgment dated 14/11/00, 3 pp.)

## JUDICIAL REVIEW

Application for judicial review of visa officer's decision refusing application for immigrant visa—Applicant citizen of India, resident of Kuwait, currently employed by Kuwait Oil Tanker Co.—Application for immigrant visa in independent category made on March 9, 1997—Applicant attending personal interview in Kuwait on September 14, 1999—Visa officer refused application for immigrant visas—Applicant assessed under NOC 4163—Immigrant visa refused as applicant received zero units of assessment for "Experience" in intended occupation—Applicant also received only 65 units of assessment in total—National Occupation Classification (NOC) adopted as standard to apply to assessing various occupations—Standard of review to be applied to visa officer's decision should be reasonableness *simpliciter*—Visa officer made reviewable error in processing of application—Assessed applicant under NOC 4163 as requested to do—Onus on applicant to establish officer fulfilled requirements of legislation—No duty on visa officer to find suitable category for applicant—However, once visa officer informed applicant she would find suitable category for her, she was required to look for this suitable category—Failure to find such suitable category for applicant breach of procedural fairness—Application allowed.

MIRCHANDANI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5363-99, O'Keefe J., order dated 25/10/00, 11 pp.)

Practice—Trial Judge unable to fix date for hearing of application for judicial review within 90-day requirement of Immigration Act, s. 82.1(7)—Choice between waiting and signing order when judge available to hear matter and signing order immediately and be in non-compliance with deadline—Order issued at this time—Most unfortunate time limit cannot be met but, in interest of justice not to delay issuance of order—Lesser of two evils—Fairness requiring applicant know leave has been granted and when it has been granted—Spirit of s. 82.1(7) that matter be heard expeditiously as soon as materially possible—In this case, failure to comply with legislative requirement not entailing loss of jurisdiction: word "shall" in s. 82.1(7) should not be

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**

—Continued

interpreted as being mandatory: *McCain Foods Ltd. v. Canada (National Transportation Agency)*, [1993] 1 F.C. 583 (C.A.)—No public interest in declaration order null and void, and would not promote main object of Parliament—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 82.1(7) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19; S.C. 1990, c. 8, s. 53; 1992, c. 49, s. 73).

DUONG V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2768-00, Tremblay-Lamer J., order dated 6/11/00, 4 pp.)

## STATUS IN CANADA

*Convention Refugees*

Application for judicial review of Refugee Division's rejection of applicant's refugee claim on ground applicant had not sought state protection in China—Board did not find credible applicant's claim fear of reprisals reason did not wish to approach anti-corruption office as applicant had not been afraid to participate in protest and shout slogans about corruption—Application dismissed—Nothing inconsistent in Board's reasoning—Conclusion not unreasonable—As to standard of proof, Board did not err in imposing on applicant, for purposes of rebutting presumption of state protection, burden of higher degree of probability commensurate with clear and convincing requirement of *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 137.

XUE V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4477-99, Rothstein J.A. (*ex officio*), order dated 23/10/00, 7 pp.)

Judicial review of CRDD determination applicants not Convention refugees—Applicants: husband, wife, three children—All citizens of Mexico—Convention refugee claim based on fear of persecution by reason of religious beliefs—All five Jehovah's Witnesses—Principal applicant's mother also Jehovah's Witness who died after declining to accept blood transfusion—Principal applicant had supported mother's decision—Siblings accusing him of causing mother's death; threatening him, children on three occasions—Police took no action on one occasion when threat reported—CRDD holding fear based on family dispute not bringing situation within ambit of Convention refugee definition—Application allowed—CRDD's reasons not disclosing generalized finding applicants having no subjectively, objectively well-founded fear of persecution on any Convention ground throughout Mexico—In *The Law of Refugee Status*, Toronto: Butterworths, 1991, Professor James Hathaway writing religion as ground for refugee status having two dimensions: (1) protection of persons in serious jeopardy because adherents of particular religion; (2) because religion includes behaviour flowing from belief,

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

appropriate to recognize as refugees persons at risk for choosing to live convictions—To extent at risk of persecution if required to return to Mexico by reason of principal applicant's choosing to live religious convictions by supporting mother when own religious convictions led her to reject potentially life-saving blood transfusion, applicants established subjectively, objectively well-founded fear of persecution in Mexico on ground of religious belief—Neither counsel put forward authority from either Division of this Court clearly rejecting or affirming interpretation of persecution on ground of religious belief put forward by Professor Hathaway—No basis to conclude CRDD adopted position that in order to fall within Convention refugee definition persecution must emanate from state authorities.

REUL V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-326-00, Gibson J., order dated 2/10/00, 7 pp.)

*Permanent Residents*

Application for judicial review of visa officer's decision refusing application for permanent residence on basis of non-compliance with requirements of Immigration Act, s. 9(3)—Applicant submitting application for permanent residence in Canada on May 8, 1997—Interviewed on May 24, 1998—Visa officer denied application on grounds applicant did not provide required information at interview, therefore found to have failed to comply with s. 9(3) requirements—CSIS security officer conducting background inquiry of applicant's employer, not of applicant—Latter would be gravely concerned with safety, protection of wife, children still in China should he answer questions—Visa officer erred in making decision without having received recommendation from security officer with respect to admissibility of applicant—Respondent consenting to allowing judicial review application with four directions—Court adding fifth direction prohibiting security officer, visa officer from asking applicant questions to dealing with issues of security, intelligence matters related to applicant's employer, Government of China—Application allowed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 9 (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 4).

NING V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4016-99, Dubé J., order dated 26/9/00, 6 pp.)

Judicial review of visa officer's refusal of application for permanent residence in Canada in independent category—Applicant awarded 68 units of assessment, but needed 70—Immigration Regulations, 1978, Sch. I, s. 1(1)(d) providing where first-level university degree requiring at least three years of full-time study completed, 15 units of assessment shall be awarded—S. 1(1)(e) providing where second- or third-level university degree completed, 16 units

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

of assessment shall be awarded—Both paragraphs subject to subsection 1(4), providing number of units of assessment set out in applicable paragraph that awards greatest number of units shall be awarded—Applicant's first university degree received after two years of full-time attendance—Visa officer only awarding 13 points for education as first-level degree not three-year full-time program—Second-level degree not taken into account—Regulations, s. 11(3) permitting visa officer to issue visa to immigrant not awarded number of units of assessment required if, in his opinion, good reasons why number of units of assessment awarded not reflecting chances of becoming successfully established in Canada and those reasons approved by senior immigration officer—Senior immigration officer denying recommendation for positive discretion because of applicant's age (46); funds for settlement, no apparent ties to Canada—Application allowed—Standard of review where question of interpretation of regulations correctness—Visa officer erred in denying applicant 16 units when interpreted s. 1(1)(e) as dependent upon meeting requirements of s. 1(1)(d)—In identical factual situation, Rothstein J. in *Hameed v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 44 Imm. L.R. (2d) 215 (F.C.T.D.) holding must first satisfy requirements of first-level university degree requiring at least three years of full-time study to qualify for 16 units of assessment for second- or third-level university degree—Certified question to that effect not heard by Court of Appeal as of date of reasons herein—In circumstances, Lemieux J. considering permissible to advance different point of view—Meeting requirements of s. 1(1)(d) not necessary condition to application of s. 1(1)(e) for following reasons—(1) Where wanted to make diploma conditional upon completion of lower level requirement, drafter expressly said so—Visa officer's interpretation results in rewriting s. 1(3)—Such rewriting not permissible—(2) Each paragraph of s. 1 beginning with "where", "*lorsque*", suggesting, unless specifically linked to previous paragraph, self-contained independent requirement—(3) S. 1(4) prohibition against cumulation not necessary if respective paragraphs not independent, and gives substance to intent greatest number of units shall be awarded—(4) S. 1(1)(d) not speaking to other circumstances where first-level degree not requiring three years of full-time study—Such silence should not be interpreted to turn purpose of s. 1(1)(d) into precondition to obtaining 16 units where master's or doctor's degree completed—(5) Failure to accord s. 1(1)(d) independent status creating disharmony with other provisions—(6) No-linkage interpretation between s. 1(1)(b), (e) best promoting purpose of assessment system prescribed in Regulations—Senior immigration officer's refusal to approve visa officer's recommendation unreasonable—Exercise of discretion under s. 11(3)(a) must be approached from economic perspective related to ability of applicant for permanent residence to make living in Canada—Purpose underlying discretion to cover situations where selection criteria failed to properly assess what designed to do, i.e. to determine ability of

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

applicant to successfully establish himself in Canada—Discretion broad, but not unrestricted—Must be exercised based on proper principles such as good faith, no irrelevant considerations, not ignoring relevant ones—Standard of review reasonableness—Evidentiary foundation for decision lacking in respect of settlement funds where account could not have been taken of \$67,000 represented by applicant's property in Bangladesh because not mentioned in visa officer's written recommendations—Senior immigration officer not explaining how applicant's age negative element for intended occupation i.e. human resource officer, occupation in demand in Canada, and where visa officer recognized applicant having employment possibilities in Canada—Apparently not taking into account those aspects of visa officer's reasons supporting positive recommendation i.e. high proficiency in English, high occupational demand, work abroad, resourcefulness—Ignored applicant's distant relatives in Canada who offered assistance in transition—Question certified: whether interpretation of educational factor correct—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-72, s. 11(3)(a) (as am. by SOR/84-461, s. 1) Schedule I, s. 1 (as am. by SOR/93-412, s. 17).

KHAN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5318-99, Lemieux J., order dated 16/10/00, 20 pp.)

Application for judicial review of visa officer's decision refusing applicant's request for permanent residency in Canada—Applicant, domiciled and residing in People's Republic of China, filed application for immigrant's visa for Canada under Immigration Act, s. 9(1)—Application for residence refused by visa officer as applicant had not obtained sufficient number of assessment points—Applicant's affidavit not contradicted by respondent, who did not submit any affidavit by visa officer explaining how interview proceeded—Applicant's evidence shows that reasonable person would conclude visa officer's conduct sufficient cause for reasonable apprehension of bias—Interview must be significant—Requires officer provide applicant with genuine opportunity to be heard—Must be sufficiently complete to enable applicant to present reasons why will be able to settle successfully in Canada—Visa officer's conduct adversely affected atmosphere that must exist for applicant to attempt to prove meets prescribed criteria—Application allowed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 9 (am. by S.C. 1992, c. 49, s. 4).

LIN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1883-00, Tremblay-Lamer J., order dated 2/11/00, 5 pp.)

### *Persons with Temporary Status*

Judicial review of Senior Immigration Officer's refusal of application for exemption pursuant to Immigration Act, s.

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Concluded

114(2) from requirement of applying for, obtaining visas from outside Canada on basis insufficient humanitarian, compassionate (H & C) grounds—Applicants family from Trinidad—Principal applicant claimed Convention refugee status based on spousal abuse—Claim denied—Reasonableness *simpliciter* standard of review for challenge to H & C decision—S. 114(2) giving Minister, delegate authority to exempt applicants from s. 9(1) when satisfied such exemption warranted based on humanitarian, compassionate grounds—Such decision highly discretionary—Applicant must show decision-maker erred in law, proceeded on basis of wrong or improper principle, or acted in bad faith—Evidence before immigration officer included principal applicant's employment history, skills upgrading, community involvement, living arrangements, savings, presence of siblings in Canada, U.S., unsuccessful claim for Convention refugee status, two children's schooling, prospects faced by applicants should they return to Trinidad—No evidence immigration officer disregarded any information before her—Applicants' arguments essentially amounted to inconvenience of leaving Canada to apply for landing from abroad, and to disagreeing with weight given by immigration officer to evidence—Facts not disclosing unusual, undeserved, or disproportionate hardship—Record not indicating immigration officer's decision unreasonable, warranting judicial intervention—Also, applicant having second H & C application pending based on recent marriage to Canadian citizen—Issues raised in this judicial review application separate, apart from second H & C application—During hearing applicant attempted to submit senior immigration officer's decision should be quashed because failed to consider welfare of children as mandated by *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817—Respondent's objection allowed on ground to allow new legal arguments raised at hearing for which opposing party not prepared would cause serious prejudice—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 9(1) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 4), 114(2).

MOHAMMED V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5609-99, Teitelbaum J., order dated 18/9/00, 9 pp.)

## CROWN

### CONTRACTS

Motions pursuant to Federal Court Rules, 1998, r. 220(1) for determination of questions set out in agreed statement of facts—Giovanni's Construction Limited awarded contract for construction of breakwater at Sibley's Cove in Newfoundland—Pursuant to provision for periodic payment, request for payment of \$144,680 after hold-back approved October 5, 1988—Payment not made before company ceased work on October 25, 1988, and before defendant



**CROWN—Continued**

advised by bank on October 28 of company's earlier assignment of book debts to it—Action seeking payment from Crown of amount claimed by Trustee as owed to Company—Trustee not entitled to amount authorized for payment i.e. \$144,680—Trustee's claim subject to terms of contract—When payment of specified amount approved, Company not in default, continuing work under contract—But approval not resulting in any transfer of property interests in sum approved—Constituted amount of progress claim accrued, due prior to date on which work taken out of contractor's hands within clause 38.3—Under clause 38.2.1 Company's right to claim payment of that amount extinguished when work taken out of Company's hands—By clause 38 parties agreed Crown might take work out of Company's hands for cause, arrange for its completion by another—If doing so, agreement providing any outstanding claim of Company accrued, due prior to taking of work out of Company's hands payable only as Crown may decide by clause 38.4 in amount determined by Engineer, as provided in clause 38.3—No such determination here made—Since, under contract, Company's claim could not be pursued, plaintiff trustee having no claim against Crown.

GIOVANNI'S CONSTRUCTION LTD. (TRUSTEE OF) V. CANADA (T-624-90, MacKay J., order dated 26/10/00, 13 pp.)

**TORTS**

Plaintiff entered into contracts for sale of barley to American customers during month when Continental Barley Market Policy in force—Policy and relevant regulations revoked by newly elected government—Managed to fulfill contracts with difficulty and at greater cost to itself—Hence claim for damages against Crown—Plaintiff alleging government negligent in carrying out legislative changes, negligent misrepresentation—Motion for summary judgment dismissing plaintiff's action—Motion allowed—No action can lie against government for adopting legislation subsequently found *ultra vires*—Principle applicable to decision to legislate as well as decision how to legislate (here, amending regulations)—As to negligent misrepresentation, first test whether reasonable for plaintiff to rely on representation made—Very few people would consider reasonable to rely on promises made by politicians in pre-election period—Representations statement made as to past or present fact—Promise, in contrast, undertaking as to future action—Absent fraud or bad faith, promise does not constitute basis of action in negligence—As pleaded statements here all as to future conduct, cannot be tortious—*Obiter*: More modern approach to claim in negligence against public authorities: *Anns/Kamloops* test (*Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.); *Kamloops (City of) v. Nielsen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 2)—(1) Whether relationship of proximity between plaintiff and authority such as to give rise to duty of care—Here relation-

**CROWN—Concluded**

ship between government and governed not one of individual proximity—Duty owed to public collectively, not individually—(2) Whether statute or policy considerations mitigate, colour or negate duty—Public authority must be free to make choices with eye only to political consequences, not to possibility of being sued for damages—Government, when legislating, even wrongly, incompetently, stupidly, or misguidedly, not liable in damages.

A. O. FARMS INC. V. CANADA (T-1620-95, Hugessen J., order dated 27/10/00, 6 pp.)

**EVIDENCE**

Application pursuant to Canada Evidence Act, s. 37 for order dismissing objection by Government of Northwest Territories (GNWT) to disclosure of documents on grounds of executive privilege; application for judicial review by GNWT of Tribunal's ruling requiring GNWT to produce copies of documents for which claimed executive privilege (public interest immunity)—Applications arising from proceedings of Canadian Human Rights Tribunal concerned with complaint against GNWT filed by Public Service Alliance of Canada (PSAC) alleging government as employer discriminated in classification and pay of employees in female-dominated groups when related to male-dominated groups in violation of Canadian Human Rights Act, ss. 7, 10, 11—Application in relation to objection by GNWT on grounds of public interest immunity to disclosure allowed in substantial part so that those documents with exceptions specified by order to be produced to Tribunal; application for judicial review allowed—(1) Costs alone not basis for determining whether matter of such public interest that immunity from disclosure should apply—Two-stage procedure for determining whether information should be produced under Canada Evidence Act (CEA), s. 37: first directed at whether Court should examine documents claimed as privileged under public interest immunity; if so, second involving review of information claimed as privileged and hearing of further submissions concerning balancing of public interests at stake—GNWT not opposing Court's examination of documents—Affidavit evidence not persuading Court claim to public interest immunity can be upheld without examination of documents—Affidavits describing GNWT, operations as akin to provincial governments—Not specifying public interests at stake, other than perception of importance of non-disclosure in matters concerning personnel policy, collective bargaining, job classification, pay rates, pay equity in light of ongoing inquiry into PSAC's complaint, successive rounds of collective bargaining since complaint filed—Describing documents generically—General public interest in maintenance of confidential documents for efficient working of Cabinet, without some other identified public interest, not outweighing public interest in administration of justice, here involved in Tribunal's inquiry into major complaint of

**EVIDENCE—Continued**

unlawful discriminatory treatment of certain employees—In *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637, La Forest J. affirming Cabinet documents must be disclosed unless disclosure would interfere with public interest; Court should proceed cautiously, considering level of decision-making process concerned, nature of policy involved, particular content of documents, time when document to be revealed; assessment must be weighed against importance of producing documents in interests of administration of justice—S. 37 dealing with government information—Documents identified as relevant by GNWT to be released except where information contained therein privileged by identified public interest other than that in maintaining Cabinet level documents as confidential—In weighing public interests, GNWT identifying public interest as collective bargaining with public sector employees' unions and related matters affecting employees' interests such as job classification systems—While necessary to protect from disclosure strategy, planning for matters within normal scope of collective bargaining, public interest immunity in such information not extending beyond conclusion of collective agreement, unless information concerns ongoing matter of difference likely to be subject of bargaining in future—Public interest in information generally concerning collective bargaining or job classification systems, unless perceived as dealing with specifics of current, upcoming bargaining or as admissions against interest at stake before Tribunal, not outweighing in balance importance of open, fair proceedings in dealing with PSAC's complaint before Tribunal—Tribunal directed to consider claims to privilege, other than public interest immunity, in relation to documents in issue—Generally, where documents produced in relation to litigation, implied undertaking by counsel for use in litigation in relation to which produced—(2) As general rule, rulings made during course of tribunal proceeding should not be challenged until Tribunal's proceedings completed: *Citron v. Zündel*, [2000] 4 F.C. 225 (T.D.)—CEA, s. 37 specifically providing process for dealing with objections to production of federal government information on grounds of public interest—GNWT's objection to disclosure of documents specifically covered by s. 37 and procedure for dealing therewith set out in s. 37(2), (3)—PSAC, CHRC arguing 1998 amendments to Canadian Human Rights Act, particularly s. 50, authorizing Tribunal to act as superior court, determine objections under s. 37—Tribunal's powers to deal with evidence, order production of documents as set out in s. 50 simply qualifying Tribunal within s. 37(3) as body vested with power to compel production by, pursuant to Act of Parliament—While amendments clarifying role of tribunal in dealing with evidentiary matters, and amendments enacted later than CEA, s. 37, latter dealing specifically with objections to disclosure of government information, limiting role of federal tribunal in dealing with objections to disclosure of federal government information—In case of objections to disclosure of information by federal government or agencies, including GNWT, general provisions of Canadian Human

**EVIDENCE—Concluded**

Rights Act not creating exception to application of ss. 37 to 39—When GNWT raising objection, Tribunal must leave to Court determination of whether objection on grounds of public interest immunity should be respected—Such interpretation consistent with application of Canadian Human Rights Act, s. 58, authorizing CHRC to apply to Court for determination of objection to disclosure of government information when investigator, or member or panel of Tribunal seeking disclosure of information and refused—Application for judicial review in relation to Tribunal's ruling in regard to GNWT's objections to disclosure not premature—Application allowed on merits—Tribunal erred in law in determination having authority to determine objections to production of government information on grounds of public interest immunity when claimed by federal government—Objection of that sort to be dealt with pursuant to ss. 37 to 39—Canadian Human Rights Act, ss. 7, 10 (as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 13), 11, 50 (as am. *idem*, s. 27), 58 (as am. *idem*, s. 30)—Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 37.

CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION) V. NORTHWEST TERRITORIES (T-1571-00, T-923-00, MacKay J., order dated 11/10/00, 20 pp.)

**HUMAN RIGHTS**

Application for judicial review of CHRC decision not to appoint tribunal to adjudicate complaints of discriminatory practices in employment filed against employer, Department of Environment—In 1987, applicant diagnosed with "multiple chemical sensitivity" or "environmental illness"—Absent until 1990—Employer granting request for position to be made seasonal; trying to find locations meeting applicant's special requirements—Employer finally directing applicant to return to work using home as workplace, but applicant refused—Employer then ordered applicant to return to work at usual workplace—Applicant complied, but, hours later, filed further refusal to work form—Applicant dismissed on ground unable to perform duties of position—HRC dismissed applicant's complaint, finding employer had provided reasonable accommodation of disability—Application allowed—Applicant's second supplementary affidavit sworn to April 21, 1999 and medical report cannot properly be considered on judicial review application as neither affidavit nor report before tribunal whose decision being reviewed—Breach of procedural fairness in not disclosing information contained in respondent's response letter to investigator, and allowing applicant to respond—Also breach of procedural fairness not to send to applicant PSSRB decision critical of applicant for comment—Reference in investigator's report to applicant's filing 14 complaints before PSC irrelevant, having no place in report.

HUTCHINSON V. CANADA (MINISTER OF ENVIRONMENT) (T-1072-98, O'Keefe J., order dated 26/10/00, 20 pp.)

## INCOME TAX

## INCOME CALCULATION

*Capital Gains and Losses*

Appeal *de novo* from T.C.C. decision dealing with assessments for 1991 and 1993 taxation years of plaintiff (SLM)—First transaction that in which SLM divested itself of its “St-Laurent” subsidiary, which declared \$1,000,000 share dividend—Second transaction that in which SLM sold “Valcartier” subsidiary to subsidiary of SNC—MNR based assessments resulting from two transactions on Income Tax Act, s. 55(1)—Additionally, for second transaction Minister relied alternatively on Act, s. 55(2)—Discussion raised points of law involving s. 55(1) and (2) of Act in effect in two years in question—Crown not permitted to advance new basis for reassessment after four-year limitation period expired—Plaintiff argued, with regard to \$1,000,000 capital loss resulting from disposition of 1,000 class B preferred shares and 470 ordinary shares in SLM, that did not dispose of these shares artificially or unduly to create loss—Under Act, s. 55(1), taxpayer must be person who contributed by actions to creating loss—S. 55(1) sets out anti-avoidance rule of general application, while s. 55(2) deals with more limited application—Minister bound by fundamental basis of assessment after four-year limitation period and T.C.C. also subject to this prescription—S. 55(2) does not apply to facts of case at bar for three reasons—First, Crown not permitted to advance different basis for reassessment after four-year limitation period expired—Second, Act, s. 152(9) could not be relied on because not in effect at relevant time—Third, series of transactions and events leading to notices of assessment commenced before April 22, 1980 and thus excluded from capital gain presumption contained in s. 55(2)—S. 55(1) applies to first transaction, but not second—Pre-condition for application of Act, s. 55(1) that taxpayer himself did something to influence either adjusted cost base (ACB) or proceeds of disposition so as to artificially or unduly increase loss—Declaration of \$1,000,000 share dividend by St-Laurent must be attributed to SLM because of degree of control exercised by latter over subsidiary—Declaration of dividend by St-Laurent had direct consequence of increasing ACB of SLM shares by \$1,000,000, which led to loss in question—In case at bar \$1,000,000 loss would not have occurred but for declaration of dividends—Loss not achieved because of a particular provision of Act, but rather as result of something done by SLM—When SLM declared dividend, did something to influence ACB of shares so as to artificially create loss within meaning of s. 55(1)—At time of second transaction, Prego sole shareholder in SLM and SLM in turn held 100% of Valcartier shares—Loss not “artificial or undue” when results from application of Act—Defendant unable to show loss in question was actually created “artificially or unduly”—S. 55(1) does not apply to this transaction—Taxpayer entitled to arrange affairs so as to maximize tax

## INCOME TAX—Continued

shelter available under law and cannot be held to have implicit intention to evade tax artificially or unduly simply because used complex and unusual tax strategy—Plaintiff’s appeal dismissed as to first transaction and allowed as to second transaction—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 55(1) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 48, s. 24), (2) (as enacted *idem*; c. 140, s. 25)—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 159(9) (as am. by S.C. 1999, c. 22, s. 63.1).

INDUSTRIES S.L.M. INC. v. CANADA (T-2006-95, Dubé J., judgment dated 27/10/00, 30 pp.)

*Deductions*

Appeal from Tax Court decision partnership losses, interest expenses incurred by appellant in 1993, 1994 deductible—Taxpayer investing in rental property with very small initial cash payment—Balance of investment financed by borrowing—Principal to be paid according to amortization schedule of 25 years—Minister disallowing certain partnership losses, interest expenses on ground appellant not having reasonable expectation of profit because of significant borrowing to finance investment—Tax Court holding investment clearly long-term, *bona fide*, with expectation that in fullness of time debt would be paid off and taxpayer would have lasting investment i.e. to realize profit from holding rental property—Appeal dismissed—Létourneau J.A. (McDonald J.A. concurring) concurring with Rothstein J.A., but adding following: appellant contending taxpayer having no reasonable expectation of profit because financing arrangements for investment in limited partnership consisting of condominium rental operation involved payments of interest exceeding income from partnership—However, limited partnership viable business with reasonable expectation of profit—In fact partnership started making profit in second year of operation—Taxpayer’s investment in viable business devoid of personal interest, business genuine—Appellant’s position would extend application of “no reasonable expectation of profit” doctrine to individual partners for their involvement in partnership which, in all respects, carries on profitable business—Position postulates that, as result of respondent’s financial arrangements, partnership in which respondent invested not carrying on business and not source of income, but only for amount of interest losses exceeding income produced by business—Agreeing with Tax Court Judge’s view that this was wrong as matter of logic, law, common sense—*Per* Rothstein J.A.: Reasonable expectation of profit test met—Not unusually long amortization period for long-term investments in real estate—As principal paid down interest expense decreasing, profitability will be achieved.

CANADA v. MILEWSKI (A-596-99, Létourneau and Rothstein J.J.A., judgment dated 26/9/00, 7 pp.)

## INCOME TAX—Continued

## PENALTIES

Appeal from T.C.C. decision dismissing in part taxpayer's appeal in respect of 1985 to 1989 taxation years inclusive—Appellant argued Archambault J. erred in calculating penalty by refusing to deduct in calculation thereof capital cost allowance to which entitled—Assessed first by “net worth” method—Archambault J. dismissed appeal regarding calculation of penalty, noting evidence showed Mr. Roy reported part but not whole of rental income—Concluded penalty must be computed on unreported income calculated before deducting capital cost allowance—This reasoning meant if appellant had concealed all his rental income, would be entitled to deduct capital cost allowance in calculating penalty—Fact he reported part of income does not mean loses right to deduction—As purpose of penalty to encourage taxpayers to report their income and deterrent effect will usually increase with extent of unreported income, result seems absurd—Fact implementation of legislation leads to absurdity does not authorize courts to ignore its effects when Parliament has spoken clearly and without ambiguity—Since capital cost allowance deduction not entirely applicable to unreported income, appellant cannot require allowance be deducted in calculating penalty—Appeal dismissed—Cross-appeal dismissed.

ROY V. CANADA (A-660-97, Noël J.A., judgment dated 3/11/00, 5 pp.)

## PRACTICE

Application for judicial review of MNR's delay in assessing applicant with respect to 1998 fiscal year—Seeking *mandamus* requiring respondent to assess applicant pursuant to Income Tax Act (ITA), s. 152, to apply appropriate international tax convention provisions and release sum of \$5,350,603 held for applicant's account—Applicant incorporated in Barbados in 1997, with Kaufman Family Trust as sole shareholder—Trust beneficiaries Bruce Kaufman's daughters and charitable organization—In 1998, Kaufman, Canadian resident, and applicant agreed to sell shares in company—Applicant received \$16,051,708 for its shares—In October 1998, in connection with sale of shares, applicant filed request with Canada Customs and Revenue Agency (CCRA) to obtain certificate under ITA, s. 116 without any payment of tax, on grounds under Canada-Barbados tax treaty, any capital gain resulting from its disposition of shares taxable exclusively in Barbados—In October 1998, Internal Audit Section of CCRA requested additional information from applicant for purpose of determining application of general anti-avoidance rule (GAAR)—Application dismissed—As applicant not asking Court to issue *mandamus* forcing Minister to issue certificate pursuant to ITA, s. 116, decision on this point would be exercise in futility—In any event, 30-day time limit for application for judicial review long expired—As to obliga-

## INCOME TAX—Continued

tion to consider tax diligently under ITA, s. 152, provision, read in entirety, conferring some discretion on Minister with respect to timing of assessment—Order of *mandamus* not issued as respondent established delay in issuing assessment not unreasonable: *Apotex Inc. v. Canada*, [1994] 1 F.C. 742 (C.A.); affd [1994] 3 S.C.R. 1100—Here, applicant's tax return examined because of possible application of GAAR, requiring detailed analysis and gathering of expert opinions—Respondent further alleging could not begin examining tax return until end of June 1999, when received all pertinent documents—*Mandamus* not available to applicant herein—ITA, s. 116 specifically applicable to non-resident vendors who dispose of certain types of Canadian property and consequently has precedence over more general provisions invoked by applicant: ITA, ss. 158, 225.1(1)—Here, amount of \$5,350,603 paid by purchaser pursuant to ITA, s. 116(5)—Any excess payment refundable to applicant subsequent to assessment of income tax return for 1998 fiscal year—Therefore, pursuant to ITA, s. 116, as Minister has not yet completed assessment of applicant's tax return, not required to reimburse applicant sum of \$5,350,603—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 116 (as am. by S.C. 1994, c. 7, Sch. II, s. 87; 1998, c. 19, s. 133), 152 (as am. by S.C. 1994, Sch. II, s. 125; Sch. VII, s. 15; Sch. VIII, s. 90; c. 8, s. 20; c. 21, s. 76; 1995, c. 3, s. 46; 1996, c. 21, s. 39; 1998, c. 19, ss. 42, 181), 158, 225.1(1) (as am. by S.C. 1998, c. 19, s. 225; S.C. 1994, c. 7, Sch. VIII, s. 131(1)).

MERLIS INVESTMENTS LTD. v. M.N.R. (T-1814-99, Pinard J., order dated 27/10/00, 11 pp.)

Appeal from interlocutory T.C.C. order question of constitutionality of Income Tax Act, s. 245 appropriate question to be determined under Tax Court of Canada Rules (General Procedure), s. 58(1)(a)—T.C.C. Associate Chief Justice held constitutionality of s. 245 separate and discrete issue of law which can be determined without reference to any of other facts in issue in appeal—Appeal allowed—*Per* Noël J.A. (Rothstein J.A. concurring): A.C.J. erred in law when agreed to set question down for preliminary determination without benefit of adjudicative facts which have given rise to application of s. 245 in proceeding before him: *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031—*Per* Létourneau J.A. (concurring): Question to be addressed in Charter, s. 7 challenges not whether alleged fact can engage s. 7, but whether respondent's s. 7 rights actually engaged in circumstances of case—Here, no evidence as to how, why and when s. 7 rights of respondent engaged by potential application of s. 245—Indeed, liability of taxpayer herein may be determined by T.C.C. adjudicating upon non-245 (general anti-avoidance rules (GAAR)) issues, thereby making it unnecessary to rule on constitutionality of GAAR—To accept s. 245 unconstitutional for vagueness without evidence respondent's s. 7 rights engaged would elevate freedom from vagueness to statute of constitutionally

**INCOME TAX—Concluded**

protected s. 7 right, something which cannot be done: *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)* (2000), 190 D.L.R. (4th) 513 (S.C.C.)—Finally, to say legislation impermissibly vague and therefore offending principles of fundamental justice transforms these principles into protected interest—However, principles of fundamental justice not protected interest, but rather qualifier of right not to be deprived of life, liberty and security of person: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486—Necessary adjudicative facts with respect to constitutional challenge missing, and lead to conclusion question as framed and developed by respondent cannot be, and should not have been made, subject of preliminary determination—Furthermore, preliminary determination of constitutional issue will probably not result in shorter hearing or substantial saving of costs—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 245—Tax Court of Canada Rules (General Procedure), SOR/90-688, s. 58(1)(a)—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 7.

CANADA V. GREGORY (A-192-00, Noël, Létourneau J.J.A., judgment dated 11/10/00, 10 pp.)

**LABOUR RELATIONS**

Judicial review of Canadian Artists and Producers Professional Relations Tribunal's decision certifying Writers Union of Canada as artists' association pursuant to Status of the Artist Act, s. 25—Act limiting Tribunal's jurisdiction to determining whether sector proposed by Association suitable for collective bargaining—Applicant alleging Tribunal exceeded jurisdiction by declaring sector suitable for bargaining in manner empowering Association to bargain in respect of pre-existing works—Nothing in certification order indicating scope of actual bargaining or whether pre-existing works may be included or excluded, although Tribunal referring to pre-existing rights in reasons—Within Tribunal's jurisdiction to make certification order—Application dismissed—Status of the Artist Act, S.C. 1992, c. 33, s. 25.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. WRITERS' UNION OF CANADA (A-750-98, Richard C.J., judgment dated 15/11/00, 3 pp.)

**NATIVE PEOPLES****ELECTIONS**

Three actions heard together on basis of agreed statement of facts and issues—Plaintiffs seeking judgments to set aside decisions of Chief and Council in February 1993, to hold second referendum, to conduct referendum without reference to requirements of Indian Referendum Regulations, to advise others to ignore results of by-election at Pelican Narrows

**NATIVE PEOPLES—Concluded**

and to authorize by Band Council Resolution adherence by Chief to Agreement—Peter Ballantyne Cree Nation engaged with other Indian bands in discussions with Saskatchewan provincial officers, federal government leading to Saskatchewan Treaty Land Entitlement Framework Agreement—Referendum held by Peter Ballantyne Band on November 23, 1992 in order for Chief to adhere to Agreement—Second referendum, held on February 23, 1993, in favour of Chief signing Agreement to indicate band's adherence—First issue: What is Peter Ballantyne Cree Nation "band custom" with respect to elections?—Second issue: Whether local election of February 24, 1993 constituted proper election, by-election—Third issue: Can Chief, Council ignore results of local by-election that does not follow Band "custom" with respect to election procedure?—First two issues, though agreed by parties to be raised for determination by Court, now moot—While there may be general interest in comment upon them, no exceptional reasons for Court, in exercise of discretion, to deal with them—To discuss these without argument of plaintiffs, as issues without effect in reality, would produce mere *obiter*, would not be helpful—Third question answered affirmatively—Chief, Council of Nation could ignore results of local by-election that did not follow "custom" applicable to election—In so doing, Chief, Council exercised responsibility to uphold law, that is custom, of Nation where applicable—Indian Referendum Regulations providing procedures required for referendum called for under Indian Act, ss. 38, 39—In absence of statutory, regulatory, other authority requiring referendum on matter other than set out by Act, ss. 38, 39, Chief, Council not bound to follow Regulations if they sought to assess support of band electors through referendum process—Agreement not providing for surrender, designation within terms of Indian Act, ss. 38, 39—Indian Referendum Regulations not mandatory herein—Chief, Council did not err by not following Regulations in arranging for, conducting referenda in November 1992, February 1993—Actions dismissed—Indian Referendum Regulations, C.R.C., c. 957—Indian Act, R.S.C., 1985, c. 1-5, ss. 38 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 17, s. 2), 39 (as am. *idem*, s. 3).

PETER BALLANTYNE CREE NATION V. PETER BALLANTYNE CREE NATION (COUNCIL) (T-801-93, T-1006-93, T-1009-93, MacKay J., judgments dated 3/11/00, 19 pp.)

**PATENTS****PRACTICE**

Appeal from Motions Judge's order allowing respondent's application for judicial review and ordering reinstatement of respondents' patent application after deemed abandoned for non-payment of annual maintenance fees—After failure to pay maintenance fees for patent application, notice of

**PATENTS—Concluded**

abandonment sent to respondent, then, mistakenly, notice of reinstatement, and finally, notice of abandonment—Motions Judge concluded although statutory requirements for reinstatement not met, application validly reinstated by issuance of notice of reinstatement as neither Act nor Rules gave Commissioner of Patents right to withdraw or retract notice of reinstatement—Appeal allowed—Act, s. 73(3) clearly providing reinstatement will occur not when Patent Office issues notice of reinstatement, but if three statutory requirements met: request for reinstatement made, omission remedied, reinstatement fee paid—Furthermore, Rules, s. 152 clearly requiring request for reinstatement of patent application be made within 12 months from date on which patent application deemed abandoned—Herein, request clearly outside statutory time limit—Therefore, application could not be reinstated in law—Conclusion patent application abandoned and not reinstated supported by *Granger v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1986] 3 F.C. 70 (C.A.); confd [1989] 1 S.C.R. 141—Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 73(3) (as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 52)—Patent Rules, SOR/96-243, s. 152.

PFIZER INC. V. CANADA (COMMISSIONER OF PATENTS)  
(A-429-99, Isaac J.A., judgment dated 2/11/00, 9 pp.)

**PENITENTIARIES**

Application for judicial review of Correctional Service of Canada (CSC) decision upholding decision to place applicant in segregation from April 23 to May 11, 1999 following riot with significant material damage on April 22, 1999 in Port-Cartier Institution—Applicant, one of instigators of riot according to information gathered by CSC, segregated on ground he might impede investigation—Respondent submits application moot, since investigation concluded, applicant no longer in segregation—Application allowed—Procedural fairness in case of administrative segregation requiring inmate be sufficiently informed of allegations against him to be able to reply to them—In case at bar, authorities in Port-Cartier Institution failed to give applicant any information indicating why identified as one of instigators—Lack of information meant applicant unable to rebut in any real, effective way decision of prison authorities—Respondent did not explain why applicant given no information in this regard, nor did it claim that information originated from confidential source that had to be protected—*Demaria v. Regional Classification Board*, [1987] 1 F.C. 74 (F.C.T.D.) applied: prison authorities in Port-Cartier failed to adhere to applicable statutory or regulatory provisions, breached fairness principle in relation to applicant by failing to give him any relevant information concerning allegations behind his administrative segregation—In regard to allegation of mootness, principle of collateral legal consequences warrants decision on merits: *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342; *Zarzour v. Canada (Attorney General)*, [2000] A.C.F. 103—In anticipation of eventual

**PENITENTIARIES—Concluded**

application for parole, would be unfair to allow applicant's record to remain in present state, since did not have opportunity to dispute merits of rationale for segregation—Furthermore, Commissioner's Directive and Act require any information about offender that CSC uses be accurate, up-to-date and complete.

BLOSS V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-151-00,  
Lemieux J., order dated 30/11/00, 12 pp.)

**PRACTICE****CASE MANAGEMENT**

Defendant seeking order proceeding be specially managed, submitting fact solicitors involved located in Vancouver and Toronto adding to expense, time taken with motions—Defendant aiming thereby to become entitled to have motions dealt with by teleconference—Plaintiff opposing motion, arguing special reasons required for special management—Motion dismissed—No greater need or ability for specially managing judge or prothonotary to extend time than for non-managing judge or prothonotary if properly moved—No automatic abandonment of times set in Rules—R. 385 providing case management judge or prothonotary may fix time for subsequent steps in proceeding—Similarly, no greater facility for case management judge or prothonotary to hear motion by conference telephone call—No right in any party to demand such hearing—In any event, conference hearings more readily arranged now than in 1991 and even then, distance considered matter to be taken into account when looking for special reason to justify telephone conference hearings—No reason to order special management herein—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 385.

DANICA IMPORTS LTD. V. STOR-TEX IMPORTERS LTD.  
(T-895-00, Giles A.S.P., order dated 10/11/00, 3 pp.)

Appeal from Motions Judge's decision dismissing action of plaintiff (appellant) for delay—Appellant's first argument that Judge did not exercise discretion judicially as did not apply test laid down in *Baroud v. Canada* (1998), 160 F.T.R. 91 (F.C.T.D.)—First argument made by appellant conclusive—Motions Judge should have gone on to second stage and examined action plan proposed by appellant to see whether bore out intention to proceed with action, but did not do so—Action plan proposed by appellant met test suggested by Hugessen J.—Appeal allowed.

HÉBERT V. CANADA (A-138-99, Décary J.A., judgment  
dated 17/10/00, 5 pp.)

**COSTS**

Plaintiff requesting review of award of costs pursuant to Federal Court Rules, 1998, r. 414; Crown moving for order

**PRACTICE—Continued**

disallowing interest otherwise owed to plaintiff in respect of costs assessed in plaintiff's favour in T-1677-79, T-3488-82 or order limiting interest owing to plaintiff—Plaintiff's income tax assessment appeals in T-1677-79, T-3488-82 allowed with costs on August 31, 1988—Also awarded judgment with costs in T-2521-89 on July 23, 1996—Crown successful in T-2518-89, T-2522-89 and awarded costs—After setting off assessed amounts of costs pursuant to Federal Court Rules, 1998, r. 408(2), sum of \$1,079.66 certified as owing from defendant to plaintiff—Assessment officer giving broad interpretation to r. 408(2) (permitting set-off) in light of general principles contained in r. 3 (interpretation of Rules so as to secure just, most expeditious, least expensive determination of every proceeding)—Holding some basis for Crown's concern of lack of realistic means of recovery within jurisdiction if set-off not granted—Assessment officer holding not having jurisdiction to rule with respect to interest payable on costs—Holding neither r. 407 (part-and-party costs assessed in accordance with Tariff B) nor r. 409 (permitting consideration of factors in r. 400(3) in assessing costs) providing him with such jurisdiction—Assessment officer considering plaintiff's delay as factor in assessing amount of costs—(1) Whether Income Tax Act, ss. 222.1, 225.1 prohibiting Crown from collecting costs until all appeals determined—Plaintiff submitting as appeals outstanding, no enforceable awards of costs—Income Tax Act, s. 225.1(3) not precluding enforcement of collection if case further appealed once trial-level decision obtained—No error in principle in assessment officer's exercise of discretion under r. 408(2) to allow set-off—(2) Whether assessment officer erred in failing to assess interest on costs awarded to plaintiff—Crown Liability and Proceedings Act, s. 31(6) providing no interest shall be awarded on judgments against Crown for period prior to February 1, 1992—Prior to that date, Federal Court Act, s. 36 prohibiting award of interest on money owing by Crown in absence of contract or of statute providing therefor—In absence of such statute, no basis for award of pre-judgment interest on costs flowing from 1988 judgments—As for post-judgment interest, Federal Court Act, s. 41 providing judgment, including judgment against Crown, bears interest from time of giving judgment at rate prescribed by Interest Act, s. 3 (5% per annum)—Case law holding interest on judgment for costs running from date of judgment, not date of taxation—Crown Liability and Proceedings Act, s. 31(1) applicable with respect to interest on costs awarded in 1996 judgment, particularly pre-judgment interest—S. 31(1) providing laws relating to prejudgment interest in proceedings between subject and subject that are in force in province apply to any proceedings against Crown—As cause of action arose in Ontario, Courts of Justice Act relevant—S. 128(4)(c) thereof providing no award of pre-judgment interest on costs since November 25, 1977—As to post-judgment interest, Courts of Justice Act, s. 129(1) providing orders for payment of money made on or after January 1, 1985 bearing interest at post-judgment interest rate calculated from date of order—

**PRACTICE—Continued**

S. 129(1) applicable to causes of action arising after October 23, 1989—Not clear cause of action at issue in 1996 judgment arising after October 23, 1989 because judgment related to re-assessment of plaintiff's 1978 income and flowed from notice of reassessment issued on February 1, 1989—Prior to October 23, 1989 Courts of Justice Act, 1984, s. 140 permitting court, where it considers it just, to disallow interest, allow interest at rate higher or lower than that provided, or allow interest for period other than that provided—Therefore, plaintiff not entitled to pre-judgment interest on costs, but entitled to post-judgment interest subject to exercise of Court's discretion under s. 140, governed by case law of Federal Court, Ontario courts, depending upon whether judgment rendered prior to February 1, 1992—*Minister of National Revenue v. Bethlehem Copper Corp. Ltd.*, [1977] 1 F.C. 577 (C.A.) holding interest on costs taxed in due course pursuant to judgment should run from time judgment delivered subject to contrary order—No contrary orders made herein—Thus plaintiff entitled to interest on 1988 judgments at 5% per annum as prescribed by Interest Act, s. 3—With respect to 1996 judgment, under Courts of Justice Act, s. 129 entitled to interest from date of judgment at post-judgment rate established under Courts of Justice Act to be 6%—Assessment officer erred in principle in relying on rr. 407, 409 as justification for non-assessment of interest on costs—Entitlement to interest depending upon terms of applicable legislation, order of presiding judge, prothonotary—Rules not authorizing assessment officer either to award, withhold interest—(3) Whether assessment officer erred in failing to consider properly factors in r. 400—Tariff B representing compromise between compensating successful party with costs, unduly burdening unsuccessful party—Only in exceptional cases should Court depart from Tariff B—Assessment officer given discretion when assessing costs to consider factors referred to in r. 400(3)—Given that discretion, on facts of case and long delay in bringing costs forward for assessment, no error in principle with respect to assessments—(4) Whether interest payable should be reduced because of plaintiff's delay in taxing costs—In view of reduction of amount of costs on basis of delay, not just to reduce interest to which plaintiff otherwise entitled—Purpose of awarding interest to ensure that through effluxion of time level of indemnity provided by award not eroded—Crown has had benefit of use of money otherwise would have been obliged to pay to plaintiff in respect of costs—Should not benefit by not being required to pay interest on award of costs in normal course—But for omission of assessment officer to include statutory allowance for post-judgment interest in certificate of assessment, no basis for setting aside assessment of costs—Crown's motion for order disallowing interest owed to plaintiff dismissed—Crown entitled to post-judgment interest on judgments—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 3, 400, 407, 408(2), 409—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 222.1 (as enacted by S.C. 1994, c. 7, Sch. II, s. 183), 225.1

**PRACTICE—Continued**

(as am. *idem*, s. 184; S.C. 1994, c. 7, Sch. VIII; c. 21, s. 103; 1998, c. 19, s. 225)—Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C., 1985, c. C-50, s. 31(6) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 31)—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 36, 41—Interest Act, R.S.C., 1985, c. I-15, s. 3—Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C.43 ss. 128, 129, 140 (as am. by S.O. 1989, c. 67, s. 8).

WILSON V. CANADA (T-1677-79, T-3488-82, T-2518-89, T-2521-89, T-2522-89, Dawson J., order dated 27/10/00, 20 pp.)

Motion for several orders concerning costs awarded to it by Court in resisting appeals by Canadian Olympic Association (COA) made under Trade-marks Act, s. 56, challenging Registrar's decisions granting Olymel's two trade-mark applications—Olymel seeking: doubling of party-and-party costs from date made offer to settle under Federal Court Rules, 1998, r. 420; directions costs assessed under Tariff B be maximum number of units in Column IV—R. 420(2) providing unless otherwise ordered by Court, where defendant making written offer to settle that is not revoked, and plaintiff fails to obtain judgment, defendant entitled to party-and-party costs to date of service of offer and double such costs thereafter—On September 29, 1997 Olymel writing to COA to confirm offer to settle appeals on condition appellant discontinue appeals on basis decisions of Opposition Tribunal rejecting oppositions with costs sustained—Offer open until hearing—*Data General (Canada) Ltd. v. Molnar Systems Group Inc.* (1991), 6 O.R. (3d) 409 (C.A.) and *Walker Estate v. York Finch General Hospital* (1999), 169 D.L.R. (4th) 689 (Ont. C.A.) standing for proposition under Ontario Rules, element of compromise not essential feature of offer to settle, but absence can be relevant factor to be considered in ordering otherwise under words "unless the Court orders otherwise" under somewhat analogous provision to r. 420 i.e. Ontario Rules of Civil Procedure, R. 49—In *Apotex Inc. v. Syntex Pharmaceuticals International Ltd.* (1999), 2 C.P.R. (4th) 368 (F.C.T.D.), Reed J. not specifically dealing with whether element of compromise integral part of offer to settle, but apparently assuming that it was—For purposes of cost award herein, arising not in context of action, but in context of appeal from Registrar of Trade-marks' decision, compromise essential element of offer to settle—Other considerations may apply when considering offer to settle liquidated or unliquidated damages in action—Purpose of offer-to-settle rule, as pointed out in *Data General*, to encourage termination of litigation by agreement of parties, more speedily and less expensively than by judgment of Court at end of trial—Mechanism enabling plaintiff to make serious offer respecting estimate of value of claim which will require defendant to give early, careful consideration to merits of case—Olymel's offer containing no element of compromise, but simply request that COA capitulate arguable appeal—Offer not advancing purposes of r. 420—Without element of compromise, offer

**PRACTICE—Continued**

to settle could simply become very easy mechanism for respondent to obtain double costs, not within intent of Rules—Further, r. 420 only applies where offer to settle not revoked—Olymel's offer terminated at hearing of appeals—"Unless otherwise ordered by the Court" conferring discretion upon court to award or direct less than doubling of party-and-party costs from date of service of offer—In circumstances, Olymel not entitled to doubling of costs from date of offer to settle—R. 407 providing unless Court otherwise ordering, party-and-party costs assessed in accordance with Column III of Table to Tariff B—Column III level costs designed to address case of average complexity involving average amount of work—COA's case not weak; offer to settle not genuine in that contained no element of compromise; amount of work proper consideration in determining scale for number of units under Column III—No reason to direct assessment officer to assess costs at maximum number of units—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, s. 56—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 407, 420—Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, Rule 49.

CANADIAN OLYMPIC ASSN. V. OLYMEL, SOCIÉTÉ EN COMMANDITE (T-1564-97, T-1565-97, Lemieux J., order dated 19/10/00, 8 pp.)

On solicitor-client basis—On plaintiffs' discontinued action against Kozy Korner's, Copa-Habana—Plaintiffs producers and/or distributors of genuine Cuban cigars—Defendant/plaintiff by counterclaim Kozy Korner's operating retail food and convenience store where sale of cigars minor part of retail business—Defendant/plaintiff by counterclaim Copa-Habana engaged in retail and wholesale distribution of cigars—Latter consignor of cigars to Kozy Korner's—Plaintiffs obtained Anton Piller order with undertaking as to damages—Counterfeit or non-duty-paid cigars seized in several stores pursuant to order—Pursuant to Federal Court Rules, 1998, r. 402, party against whom action discontinued entitled to costs forthwith—At hearing, Kozy Korner's and Copa-Habana urged that they did not seek to penalize plaintiffs who discontinued action against them but rather to characterize costs award above normal scale as damages recoverable against plaintiffs' undertaking in damages given in Anton Piller order issued in their favour—Applying *Church of Jesus Christ of Latter Day Saints v. King* (1998), 41 O.R. (3d) 389 (C.A.), award of costs on solicitor-client scale, as damages, not warranted—Undertaking as to damages not applicable in respect of Copa-Habana as Anton Piller order not served on that defendant and no injunction thus obtained against Copa-Habana—Allegations made against Kozy Korner's fall short of fraud but nonetheless serious—On evidence, not baselessly made and Court cannot conclude their impact and granting of interlocutory relief seriously affected Kozy Korner's—Allegations contained in statement of claim hardly central to reputation of conveni-



**PRACTICE—Continued**

ence store or of owner—Any damages that might arise with respect to Kozy Korner's here do not arise out of unauthorized execution of order or as result of setting aside of order because no setting aside took place—Based on *King*, not appropriate case for award of costs on solicitor-client scale as damages against undertaking in damages—However, normal application of Federal Court Rules, r. 402 should prevail—Therefore Kozy Korner's and Copa-Habana should be entitled to costs on ordinary scale—As to whether assessment of costs by reference to actual expenditures could reasonably be undertaken, most appropriate course of action to award costs to Kozy Korner's and Copa-Habana determined solely by reference to what could be gleaned from material before Court and applied to tariff—Costs fixed on lump sum basis rather than refer issue of costs to assessment—After hearing proposals from both sides, defendants' proposals more realistic—Both sides to bear own costs of present motion—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 402.

HAVANA HOUSE CIGAR & TOBACCO MERCHANTS LTD.  
V. PERSONS UNKNOWN (T-2521-97, Gibson J., order dated 9/11/00, 18 pp.)

**PLEADINGS***Motion to Strike*

Motion to strike parts of statement of claim in action, commenced nearly ten years ago, alleging discrimination as result of lack of federal prison for women in British Columbia—Federal female inmates, including long-term inmates, incarcerated in provincial jails do not have access to same educational opportunities as male inmates in federal institutions—In 1998, Motions Judge dismissed Crown's motion to strike out whole statement of claim under Federal Court Rules, r. 221, for want of cause of action, immateriality, scandalous, frivolous or vexatious content, delay and abuse of process—In order, Motions Judge stated application to strike for reasons of mootness denied—Decision upheld by F.C.A.—Motion dismissed—General rule party should be allowed only one chance to attack opponent's pleadings, unless special circumstances—Rule based at least in part on principle litigant ought not to be faced with continuing series of motions on similar subjects—Moreover, judicial economy aspect—Neither appreciable change in situation or special circumstances herein—Costs awarded to plaintiff forthwith—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 221.

HORII V. CANADA (T-1435-91, Hargrave P., order dated 18/9/00, 8 pp.)

Motion to set aside order of Giles A.S.P. dismissing defendants' application for order striking certain paragraphs of statement of claim—Defendants asserting improper for

**PRACTICE—Continued**

third party to challenge Trade-marks Act, s. 9 by way of action—Discretionary decision of prothonotary must be set aside where decision clearly wrong as based upon wrong principle, misapprehension of facts, or raises question vital to final issue of case, thereby enabling motions judge to exercise own discretion *de novo*—Whether Court should disregard discretionary decision of prothonotary, decide matter *de novo*, and whether particular paragraphs of statement of claim should be struck as disclosing no cause of action—Decision herein not based on incorrect principle, misapprehension of facts, issue regarding question vital to final issue of case may exist—By dismissing motion, allowing paragraphs to remain, prothonotary determined novel action ought to be permitted to go forward as raising difficult issue of who constitutes third party, what makes public authority, who ought to be allowed benefits under s. 9—Giles A.S.P. made determination potentially vital to issue at hand—Ability of defendants to benefit from protection under Act, s. 9 when apparently failing to meet criteria of public authority challenged—A.S.P.'s decision addressing matters vital to final issue in parties' lawsuit—Appeal from prothonotary's decision dismissed—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, s. 9 (as am. by S.C. 1990, c. 14, s. 8; 1993, c. 15, s. 58; c. 44, ss. 226, 236 (1)(c), (d); 1994, c. 47, s. 191).

SULLIVAN ENTERTAINMENT INC. V. ANNE OF GREEN  
GABLES LICENSING AUTHORITY INC. (T-1634-99,  
Muldoon J., order dated 19/10/00, 10 pp.)

**PRIVILEGE**

Motion seeking production of materials in possession of defendant to which latter has made claim of privilege of confidentiality—Materials sought result of voluntary self-identification of visible minorities employed by CIDA of which plaintiff also employee—Action itself claim for Charter-based relief founded upon allegation of discrimination, both personal, systemic—For period between 1985 and 1996, collection of data pursuant to government's employment equity policy—Claim for privilege for that period at common law, under Canada Evidence Act, s. 37—Exercise of balancing of interests, those which favour disclosure against those which favour maintenance of confidentiality, similar to what is mandated by s. 37—No discretion in Court to override Parliament's declaration of confidential nature of information provided contained in Employment Equity Act, s. 9(3)—Voluntary self-identification essential to proper functioning of employment equity—To reveal identities in breach of undertaking of confidentiality would be breach of trust—Unless s. 9(3) itself in breach of Charter, it must apply to Charter claims as to all others—For neither period should government disclose material in present form—Employment equity information collected by government relevant information for purposes of plaintiff's action, accordingly discoverable—Information in question to be

**PRACTICE—Continued**

protected, confidential—Voluntary self-identification materials in possession of Crown privileged, confidential, shall not be disclosed save as provided herein, as may be subsequently ordered—Motion dismissed—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act, 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]—Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 37—Employment Equity Act, S.C. 1995, c. 44, s. 9(3).

PERERA V. CANADA (T-608-92, Hugessen J., order dated 20/10/00, 9 pp.)

**RES JUDICATA**

Action in tort for injuries committed by defendant's employees, claiming damages for intangible injury as result of events surrounding termination of employment in Public Service—Three-month employment extended by two and a half months—Plaintiff suspended from duties before end of employment—Plaintiff alleged *inter alia* trainer abused power and seriously damaged reputation by accusation of terrorism, having him expelled from workplace with threats of arrest—In September 1998 Denault J. dismissed motion opposing action, asking it be struck out as Court did not have jurisdiction *ratione materiae* ((1998), 160 F.T.R. 102)—Concluded record as it stood did not indicate plaintiff employee within meaning of Public Service Staff Relations Act and could not have recourse to grievance procedure—Action dismissed—Evidence established plaintiff employee within meaning of Public Service Staff Relations Act at time of incidents described—As such, could grievance procedure, thus access depriving Court of jurisdiction *ratione materiae*—Judgment rendered by Denault J. not *res judicata* since, first, Court can rule on jurisdiction at any stage, and second, Denault J. did not make final ruling on point (see *Barmash v. C.E.C.M.*, [1977] C.P. 1077)—Evidence available to Denault J. at time of motion not conclusive on point—Evidence indicated no interruption of employment—Since because of its extension, contract longer than three months, plaintiff employee within meaning of Act, thus bringing him within collective agreement applicable to his group—Plaintiff had in fact paid union dues, met with union representative to discuss problems—Grievance only recourse available since claim dealt with conditions of employment, in particular actions taken by employer regarding conditions of employment—Public Service Staff Relations Act, R.S.C., 1985, c. P-35.

GAHAM V. CANADA (T-1423-98, Tremblay-Lamer J., order dated 10/11/00, 12 pp.)

**STAY OF PROCEEDINGS**

Motion to stay decision of Minister of Health to delist Canadian Patent 1,198,436 pending disposition of applica-

**PRACTICE—Concluded**

tion for judicial review—Test for considering whether to grant stay of proceedings similar to that for interlocutory injunction—Threshold to establish serious issue rather low—Serious issue to be tried, based on facts before Court, and since Minister of Health initially allowed notice of compliance to applicant—Requirements of second stage of test, namely that of irreparable harm, also met—Issue before Court not one of seeking right outside or or in addition to regulatory scheme—Present case not based on private law but public law—Therefore issue of quantification for damages not relevant—Irreparable harm must be considered on basis of its nature—Patent currently on Register—Not allowing stay would deprive applicant of procedural benefit of regulatory scheme provided for by Parliament—No factual evidence to support patentee asking for anything more than procedural benefit provided by regulatory scheme—'436 patent already listed on Register—Minister agreed status quo be maintained until issue for interim relief resolved—Balance of convenience favouring applicant—Applicant determined to act promptly since in constant communication with respondent, Minister of Health—Motion allowed.

BRISTOL-MYERS SQUIBB CANADA INC. V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1768-00, Blanchard J., order dated 16/11/00, 7 pp.)

**PUBLIC SERVICE****APPEALS**

Appeal from decision by Sharlow J. ([2000] 2 F.C. D-15) Appeal Board of Public Service Commission does not have jurisdiction to hear, decide appeals under Public Service Employment Act, s. 21(1.1) by persons who do not meet criteria established under s. 13(1)—Relevant statutory provisions not providing for appeals to Appeal Board unless appellant person who, at time of selection, meets criteria established under s. 13(1)—Individuals who do not meet criteria under s. 13(1), therefore do not have right of appeal under s. 21(1.1), might be able to challenge validity of selection process by means of judicial review—Appeal dismissed—Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, ss. 13 (as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 12), 21(1.1) (as enacted *idem*, s. 16).

BEAUDRY V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-63-00, Rothstein J.A., judgment dated 15/11/00, 3 pp.)

**TRADE MARKS****EXPUNGEMENT**

Appeals from decisions rendered by Senior Hearing Officer concerning "use" of trade mark in association with designated wares in context of Trade-marks Act, s. 45—S. 45 enabling Registrar of Trade-marks to expunge registered

## TRADE MARKS—Continued

trade mark if registered owner fails to provide evidence of use within relevant period—Cullman Ventures Inc. invoked s. 45 to attack two registered trade marks owned by Quo Vadis International Ltd. namely: (a) registered trade mark TMA 258,685, “*Le planning horizontal de votre année d’un seul coup d’oeil*” in association with “*publications imprimées, notamment des agendas et des calendriers*”; and (b) registered trade mark TMA 257,847, “Your Year’s Horizontal Planning at a Single Glance” in association with agendas, calendars—Filing of fresh affidavit on appeal triggering standard of review set out recently by F.C.A. in *Molson Breweries v. John Labatt Ltd.*, [2000] 3 F.C. 145—Wares in connection with which two trade marks relate: “printed publications, namely, agendas and calendars”—Senior Hearing Officer wrong in deciding to maintain Quo Vadis’ two registrations—Evidence adduced before Senior Hearing Officer, in record before Court not establishing use of registered trade marks by owner within meaning of Act, ss. 2, 4—Quo Vadis not using trade marks subject of appeal for purpose of distinguishing agendas—“Agenda Planning®” chosen mark for such purpose—Use of trade marks as registered on one or two pages inside two of five agendas of French language agendas exhibited, one English language agenda not sufficient to overcome dominance of “Agenda Planning®” as distinguishing mark notwithstanding fresh affidavit of Christian Froc—Affidavit speculative as to consumer behaviour, not establishing trade mark use—Evidence disclosing Quo Vadis never used either of two trade marks subject of appeal alone but always in association with trade mark, that is, “Diarizon®”—Senior Hearing Officer said word “Diarizon®”, trade marks as registered did not appear so closely together that they would not be perceived as separate marks—Clearly wrong in analysis—Should have applied test set out by Pratte J. in *Registrar of Trade Marks v. Compagnie Internationale pour l’Informatique Cll Honeywell Bull*, [1985] 1 F.C. 406 (C.A.)—Differences between two trade marks not so unimportant that unaware purchaser would be likely to infer that both, in spite of differences, identify goods having same origin, namely goods originating with Quo Vadis—Appeals allowed—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 2 (as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 57; *idem*, c. 44, ss. 225, 236(1)(b); 1994, c. 47, s. 190), 4, 45 (as am. by S.C. 1993, c. 44, s. 232; 1994, c. 47, s. 200).

CULLMAN VENTURES, INC. v. QUO VADIS INTERNATIONAL LTD. (T-1404-97, T-1406-97, Lemieux J., order dated 26/10/00, 22 pp.)

Whether Gesco Industries, Inc.’s registered trade mark “Stainshield” used in association with “services of stain resistant treatment for application to carpets, rugs” as described in registration—Registrar of Trade-marks finding “Stainshield” trade mark used in association with wares, not services as specified in registration—Expunged trade mark under Trade-marks Act, s. 45(3)—Trial Judge found evi-

## TRADE MARKS—Continued

dence adduced before him established requisite use—Allowed appeal, ordered trade mark re-entered on register—Registrar did not exceed jurisdiction in considering whether use described by Gesco in association with wares, services—While summary procedure, Act, s. 45 requires Registrar to determine whether trade mark used in association with wares, services specified in registration—Jurisdiction of Registrar under s. 45(3) not only to determine whether evidence of use—Registrar erred in concluding trade mark not used in association with services—Registrar’s findings containing implicit legal determination, namely, that trade mark used in association with services applied to product before it is sold constitutes use in association with wares, not use in association with services—Registrar’s reasons indicating to qualify as trade mark in association with services, services must be rendered directly to public, not to product before sold to public—In making determination, Registrar erred on fundamental issue of statutory interpretation having significance beyond facts of case with respect to which Court entitled to intervene—Each case must be decided on own facts—On facts of this case, trade mark “Stainshield” used in association with services disclosed in registration of trade mark—Registrar erred in expunging “Stainshield” trade mark from register—Trial Judge correct in ordering it be re-entered on register—Appeal dismissed—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, s. 45 (as am. by S.C. 1993, c. 44, s. 232; 1994, c. 47, s. 200).

SIM & MCBURNEY v. GESCO INDUSTRIES, INC. (A-866-97, Rothstein J.A., judgment dated 26/10/00, 8 pp.)

## PRACTICE

Defendant seeking interim injunction against Dole in respect of alleged infringement of Nabisco’s trade mark—Main action for declaration plaintiff Dole Food Co. Inc. (Dole U.S.) owner of trade mark “Fruit Bowls” in Canada for use in association with food products and order striking Nabisco’s registration of “Fruit Bowls” trade mark—Plaintiff Dole Canada licensed by Dole U.S. to use trade mark “Fruit Bowls” in Canada—Mark registered in U.S. for processed fruit packed in plastic container—Plaintiffs did not oppose Nabisco’s application for registration of mark in Canada for proposed use in connection with processed fruit—Nabisco counter claims, seeking injunction against use of mark by plaintiffs, damages for alleged infringement—Interlocutory motion dismissed—Although both parties argued case should receive close review on merits (*N.W.L. Ltd. v. Woods*, [1979] 1 W.L.R. 1294 (H.L.)), general assessment of merits of case sufficient to assess question of serious issue—Competing claims to mark raising serious issue for trial—As to irreparable harm, although apparent potential for harm to marketing strategy and market share of Nabisco if Dole allowed to continue its activities, Nabisco has not estab-

**TRADE MARKS—Continued**

lished loss could not be compensated: sophisticated participants in marketplace such as litigants should be able to provide Court with indication of loss based upon historical experience and mathematical or statistical analysis of circumstances demonstrating loss not reasonably calculable: *Effem Foods Ltd. v. H.J. Heinz Co. of Canada* (1997), 75 C.P.R. (3d) 331 (F.C.T.D.).

DOLE FOOD CO., INC. v. NABISCO LTD. (T-1161-00, Heneghan J., order dated 6/10/00, 12 pp.)

**REGISTRATION**

Appeals from Opposition Board's refusal of applications for registration of trade marks "Day-at-a-Glance", "Week-at-a-Glance", "Month-at-a-Glance" in association with "diaries, appointment books, calendars and record books" and "Year-at-a-Glance" in association with calendars—Ruled all applications not registrable as clearly descriptive of character or quality of wares, contrary to Trade-marks Act, s. 12(1)(b)—Under s. 12(2) trade mark not registrable under s. 12(1)(a) registrable if so used in Canada as to have become distinctive at date of filing application for registration—S. 30(b) requiring application for registration to contain date from which applicant or named predecessors in title used trade mark in Canada—Opposition Board also ruled application for "Day-at-a-Glance" not registrable for calendars on ground appellant not meeting legal burden of establishing claimed date of first use contrary to s. 30—Appeals dismissed—(1) Whether all marks proposed for registration within prohibition set out in s. 12(1)(b) not registrable—According to *Thomson Research Associates Ltd. v. Canada (Registrar of Trade-Marks)* (1982), 67 C.P.R. (2d) 205 (F.C.T.D.): whether trade mark clearly descriptive matter of first impression; "clearly" in s. 12(1)(b) meaning easy to understand, self-evident, plain; must look at words as used in association with certain wares and to ascertain what words in context in which used would represent to public at large—In determining whether trade mark descriptive of character or quality of wares with which associated, consideration given to result brought about, effect itself—Policy underlying s. 12(1)(b) to prevent monopolies on use of word having reference to character, quality of goods so as to prevent other members of community from using them for purpose of description—Proposed marks when associated with agendas, calendars conveying specific descriptive connotation, explicit description and direct reference as opposed to covert allusion or mere suggestion as to characteristic or quality of agendas, calendars—Specific, direct references or connotations are to physical feature of wares (layout, design or openings of printed agendas) as well as function of those agendas, calendars, which is to enable user to quickly identify appointments, engagements recorded by him or her on designed layout of agendas, calendars—Opposition Board correctly approached matter as one of first impression, made no error in construing evidence—Refer-

**TRADE MARKS—Continued**

ences in Grand and Toy advertising flyers to products of trade competitors supplying agendas clearly demonstrating inherent character, quality of wares in terms of physical layout, function—Inappropriate to grant one competitor exclusive use of common words, phrases, descriptive of inherent character or quality, effect or function—(2) Whether appellant correctly stated date of first use for calendar for "Day-at-a Glance"—Appellant submitting new evidence before Court, consisting of definition of calendar—Opposition Board's finding "Day-at-a-Glance" not in use with what average consumer would identify as calendars reached without reference to testimony—Arguing new evidence before Court should lead to conclusion "Day-at-a-Glance" in use with calendars at same time as in use with appointment books, diaries—Second challenge misplaced evidentiary onus—Opposition Board not misdirecting self on issue of evidentiary, legal onus in s. 30(b) challenge—*Labatt Breweries Co. v. Molson Breweries, a Partnership* (1996), 68 C.P.R. (3d) 216 (F.C.T.D.) holding Registrar entitled to look at evidence in entirety in order to satisfy self mark registrable, no valid grounds of opposition—Evidence before Opposition Board supporting finding respondent discharged evidentiary burden looking at totality of evidence including affidavits, cross-examination thereon—New evidence in form of definition of calendar not altering materially finding "Day-at-a-Glance" not used in association with calendars—Evidence clear appointment books, agendas not same wares as calendars, monthly desk calendars—Not formatted same as agendas, physically different, separate from agendas—That appointment books, diaries (agendas) may sometimes have calendar in them not altering fact these wares separate—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 12(1)(b), (2), 30(b).

CULLMAN VENTURES, INC. v. QUO VADIS INTERNATIONAL LTD. (T-1400-96, T-1401-96, T-1402-96, T-1403-96, Lemieux J., order dated 26/10/00, 35 pp.)

Appeal from Registrar of Trade-mark's decision rejecting Michelin's opposition to registration of 8 trade marks ("XP 2000", "XP 2000 MS", "XP 2000 AS", "XP 2000 V", "XP 2000 H", "XP 2000 Z", "Ameri Way XT & Design", "Ameri XL 4 & Design") by respondent General Tire—Michelin arguing each proposed trade mark confusing with one or more of its own trade marks featuring letter X—Both parties in business of manufacturing, selling tires to distributors—Products often sold side by side in same premises—Michelin argues General Tire did not meet onus of showing no likelihood of confusion; evidence of state of register did not support conclusion numerous parties had used X-type marks in connection with sale of tires; distinction between primary and secondary marks not relevant to issue of confusion in opposition proceedings—Appeal dismissed—Additional evidence must go significantly beyond what was before Registrar to justify Court's interference with Registrar's findings of fact: *Garbo Group Inc. v. Harriet*

**TRADE MARKS—Continued**

*Brown & Co.* (1999), 3 C.P.R. (4th) 224 (F.C.T.D.)—Here, additional evidence did not add anything of significance to evidentiary record—As to issue of confusion generally, no fault in Registrar's, reasoning analysis of factors to be considered under Act, s. 6(5)—Consideration of lack of evidence of actual confusion not inappropriate—Any allegation trade mark not confusing because of manner of use doomed to failure since mark still protected, even if manner of use changes—However, where mark composed of letters only, or of letters and numbers, arranged to be suggestive of model number or type of coding that might identify characteristics of merchandise, may be that customers may be less inclined to confusion: *GSW Ltd. v. Great West Steel Ind. Ltd.* (1975), 22 C.P.R. (2d) 154 (F.C.T.D.)—Registrar's reference to secondary marks not indicating pattern of use preventing confusion, unsupportable conclusion, but rather recognition that nature of appellant's and respondent's marks such that consumers would look for clearer identification of source of goods, marks themselves being more suggestive of particular model of tires than of origin thereof—Finally, "Ameri XL 4 & Design" and "Ameri Way XT & Design" distinguishable for appellant's marks by use of prefix "Ameri"—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, s. 6(5).

CIE GÉNÉRALE DES ÉTABLISSEMENTS MICHELIN—MICHELIN & CIE V. CONTIENTAL GENERAL TIRE CANADA INC. (T-2816-96, T-2817-96, T-2819-96, T-2820-96, T-2821-96, T-2822-96, T-2823-96, T-2824-96, Pelletier J., order dated 20/10/00, 19 pp.)

Appeal from Trial Judge's decision setting aside Registrar of Trade-marks' dismissal of Novopharm's opposition to registration of Bayer's trade mark for drug nifedipine, consisting of application of colour dusty rose to whole of round tablet—In advertisement, word description of proposed trade mark referring to it as colour dusty rose, while drawing depicting it as blue—Registrar considering error overcome by fact opponent not confused by mistake—Trial Judge concluded regulations for advertising requiring strict compliance, mistakes cannot be waived by some test of probability of confusion—Noted public interest in accuracy of registration process—Holding Registrar wrongly held: (1) deficiencies in advertising of proposed trade mark not invalidating application; (2) mark distinctive—Appeal dismissed—Decisions of Registrar, whether of fact, law, discretion, within area of expertise, to be reviewed on standard of reasonableness *simpliciter*—Where additional evidence adduced in Trial Division that would materially have affected Registrar's findings of fact, or exercise of discretion, Trial Division judge must come to own conclusion as to correctness of Registrar's decision: *Molson Breweries v. John Labatt Ltd.*, [2000] 3 F.C. 145 (C.A.)—No new evidence concerning first issue before Trial Judge—Registrar's decision unreasonable as treating accuracy of advertising of trade mark application as matter of interest

**TRADE MARKS—Concluded**

only to parties to opposition proceeding—Registrar erred in approving application notwithstanding advertisement of proposed mark misleading or confusing—On issue of distinctiveness, substantial relevant evidence before trial judge that was not before Registrar—As distinctiveness essentially issue of fact, open to trial judge to reach own conclusion thereon—In absence of palpable, overriding error in Trial Judge's findings, Court should not interfere—No such error.

NOVOPHARM LTD. V. BAYER INC. (A-770-99, Strayer J.A., judgment dated 14/11/00, 3 pp.)

**UNEMPLOYMENT INSURANCE**

Judicial review of Umpire's decision settlement monies paid to claimant after wrongful dismissal not "earnings" within Unemployment Insurance Regulations, s. 57—Claimant dismissed in November 1994—Applied for unemployment insurance benefits on basis fired before filing wrongful dismissal complaint—In October 1995 Director of Labour Standards issuing ruling ordering: (1) payment of \$28,470.09 to Labour Standards Tribunal for wages lost; (2) reinstatement of claimant—Before hearing of appeal therefrom claimant, employer negotiated settlement in amount of \$35,000—When advised of settlement, Canada Employment Insurance Commission informing claimant \$35,000 less legal fees constituting earnings to be deducted from benefits—Board of Referees allowing appeal, holding monies received based on claimant foregoing right to reinstatement, therefore not earnings—Umpire confirming Board's decision; holding *Canada (Attorney General) v. Vernon* (1995), 189 N.R. 308 (F.C.A.) defining "earnings" as consideration for present or past work, *Canada (Attorney General) v. Harnett* (1992), 140 N.R. 308 (F.C.A.) not expressly deciding compensation for giving up right to reinstatement constituting "earnings"—Application allowed—Umpire should have noted obvious flaw in Board's decision: Director of Labour Standards' ruling not directed only at claimant's reinstatement; also ordered employer to pay claimant sum for wages lost—Board wrong to rely solely on self-serving assertion of counsel to conclude settlement in no way related to wages lost—No evidence settlement monies related only to future right of reinstatement—*Harnett* distinguished—In this case, settlement relating not to speculative claims in lawsuit, but to actual orders made by appropriate authority after hearing claims—Claimant had distinct, negotiable right to be reinstated and employer had no choice but to put price tag on that right—Not same type of settlement as in *Harnett*—*Harnett* overshadowed by *Vernon* because of narrow definition given to "earnings" in *Vernon*—Cannot now say amount paid to employee for giving up right to return to former position "earned by labour" or "given in return for work done"—If settlement encompassing both lost wages, renunciation of right to reinstatement granted by appropriate

**UNEMPLOYMENT INSURANCE—Continued**

authority, only former constituting “earnings” and only value attributable to former allocated pursuant to s. 57—Although claimant not showing payment received not earnings, succeeded in distinguishing *Harnett*—Matter referred back to Chief Umpire with direction Board of Referees’ decision should be set aside, matter referred back to Board for new

**UNEMPLOYMENT INSURANCE—Concluded**

hearing, determination in accordance with these reasons—Unemployment Insurance Regulations, C.R.C., c. 1576, s. 57.

CANADA V. PLASSE (A-693-99, Décaré J.A., judgment dated 5/10/00, 7 pp.)

# FICHES ANALYTIQUES

*Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut demander une copie du texte complet de toute décision de la Cour fédérale au bureau central du greffe à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.*

## ACCÈS À L'INFORMATION

Recours en révision, conformément à l'art. 41 de la Loi sur l'accès à l'information, du refus du responsable d'Environnement Canada (EC) de communiquer les documents sollicités par le demandeur—La première demande se rapportait à une demande de communication de documents concernant le demandeur et son entreprise, Gateway Industries Ltd., et notamment à la communication de messages électroniques supprimés—EC avait informé le demandeur que les recherches relatives aux messages électroniques coûteraient 5 700 \$ et avait exigé le versement d'une somme représentant 50 p. 100 des frais—Le demandeur avait fait radier les recherches relatives aux messages électroniques de sa demande initiale et n'avait jamais de nouveau demandé que les recherches relatives aux messages électroniques soient effectuées—Les renseignements sollicités avaient été fournis, sauf certains renseignements qui n'avaient pas été communiqués conformément à l'art. 19—Le demandeur avait déposé une plainte auprès du Commissaire à l'information en affirmant qu'il était «certain» qu'EC avait en sa possession de nombreux autres documents, mais il n'avait pas été en mesure de fournir d'«éléments de preuve concrets» à ce sujet—Le Commissaire à l'information n'avait pas appuyé la plainte—La seconde demande se rapportait à une demande de communication de tout renseignement concernant six employés désignés d'EC, de toute communication effectuée entre eux et de toute communication dont ils étaient les auteurs ou qui leur était adressée au sujet du demandeur ou de son entreprise—EC n'avait pas pu trouver de documents à ce sujet—Le demandeur avait déposé une plainte étant donné qu'il était certain qu'il existait des documents au sujet de sa demande, mais il n'avait pas pu fournir de preuve concrète à l'appui de cette allégation—La recherche de documents effectuée par EC dans le cadre de l'enquête menée sur la plainte a révélé que tous les documents sollicités sauf un avaient été communiqués au demandeur à la suite d'une autre demande—Le Commissaire à l'information a conclu que la plainte n'était pas fondée—L'art. 41 de la Loi sur l'accès à l'information prévoit que le recours en révision ne peut être exercé que s'il existe un refus réel ou implicite au

## ACCÈS À L'INFORMATION—Suite

moment de l'audience tenue par la Cour—En l'absence d'un refus, la Cour n'a pas compétence pour accorder un redressement étant donné que le seul redressement possible consiste à rendre une ordonnance de communication—Lorsque le demandeur affirme que la communication de documents lui est refusée, il doit exister une preuve de ce fait; il ne doit pas s'agir d'un simple soupçon—L'art. 11(2) de la Loi permet au responsable de l'institution d'exiger le versement d'un montant additionnel déterminé par règlement—L'art. 11(6) permet au responsable de l'institution de dispenser une personne du versement des droits—Demandes rejetées pour défaut de compétence—Il n'y avait pas eu de refus réel ou implicite de communication dans l'une ou l'autre demande—La Cour ne peut accorder aucun redressement parce que la législation ne prévoit pas qu'une ordonnance peut être accordée pour une «recherche et une communication plus complètes»—Le demandeur n'a pas démontré qu'il y avait eu refus réel de communication et il n'a pas fourni de preuve à l'appui de ses soupçons—Le fait qu'il avait été établi que plusieurs réunions à l'égard desquelles le demandeur sollicitait des procès-verbaux n'avaient jamais eu lieu nuisait encore plus à la demande—Quant aux frais, en examinant la demande relative à la recherche des messages électroniques supprimés, le service de la technologie de l'information (TI) d'EC devait tenir compte: du système et des logiciels utilisés; de la méthode de recherche qui serait employée; de la période pendant laquelle les messages électroniques étaient dans le système avant d'être éliminés; des restrictions possibles auxquelles les recherches étaient assujetties; du nombre d'heures qu'il faudrait pour accomplir la tâche—Affecter un employé à un seul projet pendant près de quatre mois, c'était en demander trop au service de la TI d'EC—Il était tout à fait raisonnable d'exiger des frais additionnels—En exigeant la recherche de messages électroniques, le demandeur réquisitionnait en fait un employé d'EC à ses propres fins pour une longue période—En outre, il fallait tenir compte de la faisabilité de recherches effectuées dans un système où les messages électroniques n'étaient conservés que pendant cinq semaines—Par conséquent, à moins que le demandeur et son entre-

## ACCÈS À L'INFORMATION—Suite

prise n'aient fait l'objet de discussions continues, il était fort peu probable que les recherches nécessaires, d'une durée de quatre mois, soient utiles—La jurisprudence et la législation prévoient toutes les deux que le responsable de l'institution peut dispenser une personne du paiement des frais—Le libellé indique une approche facultative—Il incombe au responsable de l'institution, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, d'apprécier l'ampleur de la demande par rapport au temps et aux efforts qu'il faudra déployer en vue de fournir les renseignements, et de déterminer ensuite s'il faut exiger des frais en vue de s'assurer que le demandeur agit avec détermination—La somme versée sert uniquement à renforcer le degré d'engagement du demandeur, en particulier lorsqu'il faut consacrer beaucoup de temps et d'efforts à la demande—Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 11(2), 19, 41.

BLANK C. CANADA (MINISTRE DE L'ENVIRONNEMENT)  
(T-1474-99, T-1477-99, juge Muldoon, ordonnance en date du 5-10-00, 14 p.).

Requête visant à empêcher le défendeur d'exécuter les subpoenas *duces tecum* contre les personnes demandereses dans les deux affaires jusqu'à ce qu'il soit statué sur les demandes de contrôle judiciaire relatives à ces subpoenas; requête en radiation des demandes; requêtes sollicitant l'autorisation de désigner le Commissaire à l'information à titre de défendeur—Dans le dossier T-1640-00, on a demandé la communication des agendas quotidiens du Premier ministre depuis 1994 en vertu de la Loi sur l'accès à l'information—Le Bureau du Conseil privé (le BCP) a indiqué ne pas disposer de tels documents—Le Commissaire à l'information a délivré un subpoena au demandeur, M. Hartley, adjoint exécutif du Premier ministre, pour qu'il produise les agendas sous tout format—Les agendas sont archivés au CPM sous format électronique—Ils sont créés et tenus sous la surveillance de M. Hartley—Ils contiennent des renseignements relatifs à l'ensemble des activités du Premier ministre, notamment les réunions du Cabinet et du caucus, les contacts étrangers et diplomatiques, les activités du Parti libéral ainsi que les rendez-vous personnels et les rencontres familiales—Les agendas sont créés sur un seul ordinateur situé dans le bureau de M. Hartley—Sculs M. Hartley et son adjoint peuvent modifier le programme d'agenda électronique sur l'ordinateur—Certains membres du personnel dans le CPM ont accès aux agendas pour lecture seulement, mais personne à l'extérieur du CPM ne peut y avoir accès—Les agendas sont archivés de temps à autre, mais seuls M. Hartley et son adjoint ont accès à ces dossiers—Les modifications peuvent être inscrites ou non dans l'agenda—Les copies de l'agenda du Premier ministre sont transmises aux principaux responsables du CPM—Une copie de l'agenda du lendemain, qui peut être mise en forme en partie, est télécopiée à certains responsables—Une copie de l'agenda indiquant seulement les endroits que visitera le Premier ministre est fournie à la GRC—Jusqu'à l'année

## ACCÈS À L'INFORMATION—Suite

passée, M. Hartley télécopiait une copie de l'agenda du lendemain au greffier du Conseil privé uniquement en vue d'informer ce dernier et son adjoint, et il était convenu que l'agenda était détruit après avoir été utilisé—Les seules copies archivées des agendas se trouvent dans le CPM même—M. Hartley fait partie du personnel exempté du Premier ministre, de sorte qu'il n'est pas un fonctionnaire—Il n'est pas un employé ou un fonctionnaire du BCP—Les responsables du Conseil privé ne peuvent donner aucune directive à M. Hartley, et ce dernier n'a pas le pouvoir de leur donner des ordres—Il n'a aucune connaissance des documents relevant du BCP—Les demandeurs prétendent que ces deux organismes ne sont pas des «institutions fédérales» au sens de l'art. 2, que les documents ne sont pas visés par la Loi et que le Commissaire à l'information ne peut pas y avoir accès—Dans le dossier T-1641-00, le MDN a reçu une demande de communication des procès-verbaux des réunions de gestion du M5 pour 1999 (les réunions informelles tenues entre le ministre de la Défense nationale, les principaux membres (exemptés) du personnel de son cabinet, le sous-ministre de la Défense nationale et le chef d'état-major de la Défense)—Dans le cadre de l'enquête relative à la plainte faite lorsqu'aucun document conforme à la description contenue dans la demande n'a été trouvé, des subpoenas ont été délivrés aux demandeurs (l'adjoint exécutif du ministre de la Défense nationale, la directrice des opérations du ministre de la Défense nationale et le directeur des communications du ministre de la Défense nationale), ordonnant à chacun d'eux de produire tous les documents obtenus dans l'exercice de leurs fonctions, que ceux-ci soient en leur possession ou non, qui contiennent des renseignements relatifs aux réunions de gestion du M5—Les personnes demandereses sont toutes des membres du personnel exempté, et non pas des fonctionnaires—Elles conservaient des cahiers de notes contenant des renseignements relatifs à leurs fonctions concernant le soutien au ministre—Les cahiers de notes ne font pas partie du Système de gestion des dossiers du cabinet du ministre ni de celui du MDN—Requêtes pour mesures de redressement provisoires, ajoutant le Commissaire à l'information comme défendeur, accueillies—Le critère applicable en matière de mesures de redressement provisoires est exposé dans l'arrêt *R.J.R.—Macdonald c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311—1) La question de savoir si les cabinets des ministres sont des «institutions fédérales» est une question sérieuse à juger—Le cabinet du ministre de la Défense nationale et le CPM ne sont pas inscrits à l'annexe I de la Loi sur l'accès à l'information comme institutions fédérales—Les art. 21(1) et 21(2)b) paraissent faire une distinction entre le cabinet d'un ministre et une institution fédérale—Il y a un courant jurisprudentiel appuyant cette distinction de même que d'autres décisions appuyant la position que le Commissaire a l'obligation de statuer sur les questions préliminaires de fait et de droit, notamment sur la question de savoir si les documents demandés sont des documents de l'administration fédérale—On peut prétendre que le juge-



## ACCÈS À L'INFORMATION—Suite

ment déclaratoire sollicité pourrait être accordé étant donné qu'il est soutenable que le CPM et le cabinet du ministre de la Défense nationale ne sont pas des institutions fédérales au sens où cette expression est utilisée dans la Loi et que les documents sollicités par les personnes demandant la communication ne relèvent pas du BCP et du MDN—La question liée de savoir si les personnes demanderesse ont un témoignage pertinent à rendre relativement aux subpoenaes qui leur ont été délivrés est également une question sérieuse à juger—Les documents ne sont pas en possession du BCP ni du MDN—Les demandeurs jurent ne pas avoir connaissance de tels documents—2) Il est soutenable que le Commissaire puisse être tenu de divulguer certains renseignements obtenus en vertu de l'art. 63 (circonstances dans lesquelles la divulgation est autorisée)—Même si d'autres dispositions exigent que le Commissaire préserve la confidentialité des documents, il est soutenable que ce dernier a le pouvoir de communiquer certains documents confidentiels pour approfondir son enquête—Malgré les dispositions en matière de confidentialité touchant le bureau du Commissaire, les demandeurs subiront un préjudice irréparable si le matériel en question est communiqué avant qu'il soit statué sur la question dans le cadre du contrôle judiciaire—3) La prépondérance des inconvénients favorise les demandeurs puisque la nature du préjudice qu'ils subiraient si les mesures de redressement provisoires n'étaient pas accordées l'emporte de loin sur les inconvénients que pourraient subir les défendeurs en raison du délai encouru dans la poursuite de l'enquête du Commissaire—Quant aux requêtes en radiation des demandes de contrôle judiciaire, il est généralement inapproprié de présenter des requêtes en radiation dans le cadre de demandes de contrôle judiciaire—La bonne manière d'évaluer le bien-fondé d'une demande de contrôle judiciaire consiste à plaider et à comparaître à l'audition même de la demande—La présente procédure n'est pas manifestement mal fondée au point d'être dénuée de toute possibilité de succès—Les documents de cette nature relevant du CPM et des cabinets des ministres ont été maintenus confidentiels pendant 133 ans, sauf dans les cas de communication volontaire—Il est soutenable que les demandeurs ne peuvent se prévaloir d'aucun recours subsidiaire en vertu de la Loi—Normalement, le Commissaire ne serait pas désigné à titre de défendeur—En vertu de la règle 304(1)b(i) des Règles de la Cour fédérale (1998), le Commissaire doit toujours recevoir signification de l'avis de demande—La règle 303(1)a prévoit que le demandeur désigne à titre de défendeur toute personne directement touchée par l'ordonnance recherchée, autre que l'office fédéral visé par la demande—La règle 303(2) prévoit que le procureur général est désigné à titre de défendeur si personne n'est désigné à ce titre—Cela mène à une situation ridicule en l'espèce puisque le procureur général serait tant le demandeur que le défendeur—La règle 303(3) prévoit que lorsque la Cour est convaincue que le procureur général est incapable d'agir à titre de défendeur ou n'est pas disposé à le faire, elle peut désigner en remplacement une autre

## ACCÈS À L'INFORMATION—Fin

personne ou entité, y compris l'office fédéral visé par la demande—Dans les circonstances inhabituelles des présentes demandes, il est opportun que le Commissaire soit défendeur dans les deux dossiers—Autorisation de désigner le Commissaire à l'information à titre de défendeur dans les deux demandes accordée—Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 2, 21, 63 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 27, art. 187, ann. V, n° 1(2)), annexe—Règles de la Cour fédérale (1998), règles 303, 304.

CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) C. CANADA (COMMISSAIRE À L'INFORMATION) (T-1640-00, T-1641-00, juge McKeown, ordonnance en date du 19-10-00, 30 p.)

## ASSURANCE-CHÔMAGE

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle le juge-arbitre a jugé que les sommes versées au prestataire en règlement après son congédiement injustifié n'étaient pas une «rémunération» au sens où l'entend l'art. 57 du Règlement sur l'assurance-chômage—Le prestataire a été congédié en novembre 1994—Il a demandé des prestations d'assurance-chômage parce qu'il avait été congédié avant de déposer une plainte pour congédiement injustifié—En octobre 1995, le directeur des normes du travail a rendu une décision ordonnant: 1) le versement de 28 470,09 \$ au tribunal des normes du travail pour perte de salaire; 2) la réintégration du prestataire—Avant l'audition de l'appel, le prestataire et l'employeur ont négocié un règlement d'un montant de 35 000 \$—Quand elle a été informée du règlement, la Commission de l'assurance-emploi du Canada a avisé le prestataire que la somme de 35 000 \$ moins les frais juridiques constituait une rémunération et serait déduite de ses prestations—Le conseil arbitral a accueilli l'appel, statuant que les sommes reçues étaient fondées sur la renonciation par le prestataire de son droit de réintégration, et n'étaient donc pas une rémunération—Le juge-arbitre a confirmé la décision du conseil; statuant que *Canada (Procureur général) c. Vernon* (1995), 189 N.R. 308 (C.A.F.) avait défini «rémunération» comme une contrepartie du travail présent ou passé, et que *Canada (Procureur général) c. Harnett* (1992), 140 N.R. 308 (C.A.F.), n'avait pas expressément décidé qu'une indemnité versée pour renoncer à un droit de réintégration constitue une «rémunération»—Demande accueillie—Le juge-arbitre aurait dû relever le défaut évident dans la décision du conseil: la décision du directeur des normes du travail ne portait pas seulement sur la réintégration du prestataire; elle ordonnait également à l'employeur de verser au prestataire une somme pour perte de salaire—Le conseil a eu tort de se fonder uniquement sur l'affirmation intéressée de l'avocate pour conclure que le règlement ne portait en aucun cas sur la perte de salaire—Il n'y a pas de preuve que les sommes versées en règlement portaient seulement sur un droit futur de réintégration—Distinction faite d'avec *Harnett*—En l'espèce, le règlement ne portait pas sur des revendications

**ASSURANCE-CHOMÂGE—Fin**

spéculatives dans une poursuite, mais sur des ordonnances réelles rendues par une autorité compétente après l'audition de revendications—Le prestataire avait un droit distinct et négociable d'être réintégré et l'employeur n'avait d'autre choix que de donner une valeur monétaire à ce droit—Il ne s'agit pas du même type de règlement que dans l'arrêt *Harnett—Harnett* a été éclipsé par *Vernon* à cause de la définition étroite donnée au mot «rémunération» dans *Vernon*—On ne peut pas dire maintenant qu'une somme versée à un employé pour qu'il renonce à son droit de reprendre son ancien poste a été «gagn[ée] grâce à son travail» ou a été «payée en considération du travail accompli»—Si un règlement comporte à la fois une acceptation de la perte de salaire et une renonciation à un droit de réintégration accordé par l'autorité compétente, seul le premier constitue une «rémunération» et uniquement la valeur attribuable au premier est allouée aux termes de l'art. 57—Même si le prestataire n'a pas démontré que le versement reçu n'était pas une rémunération, il a réussi à écarter *Harnett*—L'affaire est renvoyée devant le juge-arbitre en chef pour que la décision du conseil arbitral soit annulée et que l'affaire soit renvoyée devant le conseil pour nouvelle audition et décision en conformité avec les présents motifs—Règlement sur l'assurance-chômage, C.R.C., ch. 1576, art. 57.

CANADA C. PLASSE (A-693-99, juge Décary, J.C.A., jugement en date du 5-10-00, 7 p.)

**BREVETS****PRATIQUE**

Appel d'une ordonnance par laquelle un juge des requêtes a accueilli la demande de contrôle judiciaire de l'intimée et ordonné que la demande de brevet de l'intimée, qui avait été considérée comme abandonnée en raison du défaut de payer les taxes annuelles, soit rétablie—L'intimée ayant omis de payer la taxe périodique à l'égard de sa demande de brevet, un avis d'abandon lui a été envoyé puis, par erreur, un avis de rétablissement suivi, finalement, d'un avis d'abandon—Le juge des requêtes a conclu que, même si les exigences législatives applicables au rétablissement de la demande n'avaient pas été respectées, la demande avait été valablement rétablie par la délivrance de l'avis de rétablissement, parce que la Loi non plus que les Règles n'autorisaient le commissaire aux brevets à retirer ou à annuler un avis de rétablissement—Appel accueilli—Il appert clairement de l'art. 73(3) de la Loi qu'une demande de brevet est rétablie non pas au moment où le Bureau des brevets délivre un avis de rétablissement, mais lorsque les trois exigences énoncées à la Loi à cet égard sont respectées, c'est-à-dire lorsqu'une demande de rétablissement a été présentée; que le demandeur a pris les mesures qui s'imposaient pour éviter l'abandon et que la taxe de rétablissement a été payée—De plus,

**BREVETS—Fin**

l'art. 152 des Règles exige manifestement que la demande de rétablissement d'une demande de brevet soit présentée dans les 12 mois suivant la date de la prise d'effet de la présomption d'abandon—En l'espèce, la demande de rétablissement a été présentée à une date manifestement postérieure à la date limite prescrite par la Loi—Par conséquent, la demande de brevet ne pouvait être rétablie en droit—La conclusion selon laquelle la demande de brevet a été abandonnée et ne pouvait être rétablie est appuyée par la décision rendue dans l'affaire *Granger c. Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1986] 3 C.F. 70 (C.A.); conf. dans [1989] 1 R.C.S. 141—Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 73(3) (mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 52)—Règles sur les brevets, DORS/96-243, art. 152.

PFIZER INC. C. CANADA (COMMISSAIRE AUX BREVETS) (A-429-99, juge Isaac, J.C.A., jugement en date du 2-11-00, 11 p.)

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION****CONTRÔLE JUDICIAIRE**

Demande de contrôle judiciaire de la décision de l'agent des visas de rejeter la demande de visa d'immigrant—La demanderesse, citoyenne de l'Inde, réside au Koweït; elle est présentement à l'emploi de la Kuwait Oil Tanker Co.—La demande d'un visa d'immigrant dans la catégorie des indépendants a été présentée le 9 mars 1997—La demanderesse s'est présentée à une entrevue au Koweït le 14 septembre 1999—L'agent des visas a rejeté les demandes de visas d'immigrant—La demanderesse a été évaluée en vertu de CNP 4163—La demande de visa a été rejetée du fait que la demanderesse n'avait reçu aucun point d'appréciation au titre de l'«expérience» dans la profession visée—De plus, elle n'avait reçu que 65 points d'appréciation au total—La Classification nationale des professions (CNP) constitue la norme à appliquer pour évaluer les diverses professions—La norme de contrôle applicable à la décision de l'agent des visas est celle de la décision raisonnable *simpliciter*—Dans son traitement de la demande, l'agent des visas a commis une erreur ouvrant droit au contrôle—Elle a évalué la demande en vertu de CNP 4163 comme il se devait—La demanderesse a le fardeau de démontrer qu'elle satisfait aux exigences de la législation—L'agent des visas n'avait pas l'obligation de trouver une catégorie qui convenait à la situation de la demanderesse—Toutefois, une fois que l'agent des visas a déclaré à la demanderesse qu'elle trouverait une catégorie convenant à sa situation, elle devait faire une recherche en ce sens—Cette lacune constitue un manquement à l'équité procédurale—Demande accueillie.

MIRCHANDANI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5363-99, juge O'Keefe, ordonnance en date du 25-10-00, 11 p.)

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

Pratique—Le juge de première instance n'était pas en mesure de fixer une date pour l'audition de la demande de contrôle judiciaire dans le délai de 90 jours fixé par l'art. 82.1(7) de la Loi sur l'immigration—Deux choix s'offraient: attendre et signer l'ordonnance lorsqu'un juge serait disponible pour entendre l'affaire ou signer l'ordonnance immédiatement et dépasser le délai imparti—Ordonnance prononcée immédiatement—Il était très malheureux qu'il soit impossible de respecter le délai fixé, mais il était dans l'intérêt de la justice que le prononcé de l'ordonnance ne soit pas retardé—Il s'agissait du moindre de deux maux—L'équité exigeait que le demandeur sache que l'autorisation avait été accordée et à quel moment elle l'avait été—L'esprit de l'art. 82.1(7) veut que l'affaire soit entendue promptement dès que cela s'avère possible—En l'espèce, la dérogation à une exigence fixée par la loi n'emporte pas la perte de la compétence: les mots «ne peut» figurant dans l'art. 82.1(7) ne doivent pas être interprétés comme ayant un caractère impératif: *McCain Foods Ltd. c. Canada, (Office national des transports)* [1993] 1 C.F. 583. (C.A.)—L'annulation de l'ordonnance ne servirait en rien l'intérêt public et n'aiderait pas à atteindre l'objectif principal visé par le législateur—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 82.1(7) (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 19; L.C. 1990, ch. 8, art. 53; 1992, ch. 49, art. 73).

DUONG C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2768-00, juge Tremblay-Lamer, ordonnance en date du 6-11-00, 4 p.)

## EXCLUSION ET RENVOI

*Personnes non admissibles*

Demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle le représentant du ministre a, conformément à l'art. 46.01(1)e) de la Loi sur l'immigration, formulé l'avis que le demandeur constituait un danger public—Le 1<sup>er</sup> avril 1997, le demandeur s'est rendu au Centre d'immigration Canada à Vancouver, où il a présenté une revendication du statut de réfugié, en alléguant qu'il craignait d'être persécuté au Honduras—Il a été considéré comme étant admissible à présenter une demande du statut de réfugié, mais une mesure d'interdiction de séjour conditionnelle a été prise contre lui—Le demandeur avait été reconnu coupable de trois infractions en matière de drogue aux États-Unis sous des noms d'emprunt—Il a purgé seulement 18 mois d'une peine de trois ans avant d'être relâché pour bonne conduite—Le représentant du ministre a, conformément à l'art. 46.01(1)e) de la Loi, formulé l'avis que le demandeur constituait un danger pour le public—Les motifs de cette décision n'ont pas été fournis au demandeur—Les motifs avancés en vue du contrôle judiciaire mentionnent que le demandeur a droit, selon l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Baker c. Canada (Ministre de la*

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

*Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, de connaître les motifs de la décision prise par le représentant du ministre—L'arrêt *Baker* comprend un ou plusieurs principes d'application générale et ne se limite pas à la stricte question de l'obligation d'agir équitablement dans les demandes présentées conformément à l'art. 114(2) de la Loi—Le cadre d'analyse relativement à l'obligation de fournir des motifs s'applique aux autres décisions discrétionnaires—La question de savoir si des motifs sont requis dépendra, entre autres choses, de l'importance de la décision pour l'individu et de l'existence d'un droit d'appel prévu par la loi—Il s'agissait en l'espèce, tout comme dans l'arrêt *Baker*, du droit de demander un contrôle judiciaire—Vu l'importance de la décision pour la personne et le fait que la décision est susceptible de surveillance judiciaire, il faut que les motifs en soient donnés—Mais ce ne fut pas le cas en l'espèce—La demande d'un avis de danger concernant le demandeur présentée conformément à l'art. 46.01(1)e) de la Loi sur l'immigration n'a pas été traitée avec équité sur le plan de la procédure—Voici la question certifiée: l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Baker* exige-t-il que les motifs soient fournis lorsque le ministre ou son représentant formule, conformément à l'art. 46.01(1)e) de la Loi sur l'immigration, l'avis qu'une personne constitue un danger pour le public?—Demande accueillie—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 46.01 (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 14; L.C. 1992, ch. 1, art. 73; ch. 49, art. 36; 1995, ch. 15, art. 9), 114 (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 29; ch. 29, art. 14; L.C. 1990, ch. 38, art. 1; 1992, ch. 49, art. 102; 1994, ch. 26, art. 36).

NAVARRO C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3288-99, juge Pelletier, ordonnance en date du 14-9-00, 11 p.)

Demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle un représentant du ministre a conclu que le demandeur constituait un danger pour le public aux termes des art. 53(1)d) et 70(5) de la Loi sur l'immigration—Le demandeur invoque trois manquements aux règles de justice naturelle—Le premier manquement porte sur des renseignements inexacts relativement au délai à l'intérieur duquel il était tenu de répondre à la demande d'observations du ministre—Dans des circonstances normales, un délai de 15 jours est suffisant pour permettre à une personne de répondre à un avis comme celui que le demandeur a reçu—Il n'y a pas eu manquement aux règles de justice naturelle vu les faits présentés à la Cour—Il n'existe pas d'obligation d'envoyer les documents récapitulatifs au demandeur avant qu'une décision ne soit rendue—Compte tenu des circonstances de l'affaire, il y avait un équilibre approprié dans le rapport récapitulatif ou les motifs entre le danger pour le public et le danger pour le demandeur—Demande rejetée—Question certifiée—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985),

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

ch. I-2, art. 53 (mod. par L.C. 1995, ch. 15, art. 12), 70 (mod., *idem*, art. 13).

JAN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5756-99, IMM-5757-99, juge McKeown, ordonnance en date du 15-9-00, 6 p.)

Appel d'une décision de la C.F. 1<sup>re</sup> inst. ((1999), 171 F.T.R. 125) rejetant la demande de contrôle judiciaire d'une décision de la section d'appel de la CISR (SACISR), qui rejetait l'appel d'une mesure d'expulsion—La question certifiée par le juge de 1<sup>re</sup> inst. (réponse négative): la SACISR a-t-elle outrepassé sa compétence en tenant compte de la sécurité publique dans l'appel d'une mesure d'expulsion interjetée aux termes de l'art. 70(3)b) de la Loi sur l'immigration (fondé sur des raisons d'ordre humanitaire)?—Appel rejeté—Afin de déterminer l'existence de raisons d'ordre humanitaire justifiant qu'on ne renvoie pas l'appelant du Canada, la SACISR pouvait tenir compte de tous les facteurs pertinents dans son évaluation—L'arrêt *Barrera c. Canada*, [1993] 2 C.F. 3 (C.A.) a déjà établi que la SACISR peut tenir compte de la gravité des infractions criminelles passées dans son évaluation—L'art. 70(5) (visant à accélérer le renvoi du Canada de personnes jugées dangereuses pour le public en supprimant leur droit d'appel) n'est d'aucune utilité pour l'appelant—Les limites imposées au droit d'appel dans ces circonstances ne démontrent aucunement que l'intention du législateur était d'écarter la prise en considération de la sécurité publique en vertu d'autres dispositions de la Loi—Finalement, l'appelant dépasse le cadre de la question certifiée en soutenant que la SACISR a mal interprété la preuve qui lui était présentée au sujet du risque que l'appelant récidive—Il est clair que la SACISR a examiné tous les facteurs liés à la réadaptation de l'appelant—Bien que l'appelant ne soit pas d'accord avec la conclusion de la SACISR, il n'a pu démontrer qu'elle était déraisonnable et encore moins manifestement déraisonnable—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 70(3)b) (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> supp.), ch. 28, art. 18), (5) (mod. par L.C. 1995, ch. 15, art. 13).

NAGULARAJAH C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (A-450-99, juge Noël, J.C.A., jugement en date du 16-11-00, 5 p.)

## PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

Contrôle judiciaire du refus d'une demande de résidence permanente aux termes de l'art. 46.04 de la Loi sur l'immigration—L'art. 46.04(8) prévoit qu'un agent d'immigration ne doit pas accorder le droit d'établissement tant que le demandeur n'est pas en possession d'un passeport ou d'un document de voyage en cours de validité ou de papiers d'identité acceptables—Le demandeur a fourni des certificats de naissance comme preuve d'identité—On refuse de poursuivre l'examen de la demande parce que les certificats

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

de naissance ne satisfont pas aux exigences de l'art. 46.04(8)—Aucune autre preuve présentée ne montre pourquoi les certificats de naissance ont été rejetés—La note de service sur les opérations IP97-29 du ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration inclut les certificats de naissance dans une liste de documents qui peuvent servir à établir l'identité du demandeur—Le demandeur allègue que l'obligation d'équité procédurale exige que des motifs soient fournis pour décider que certains documents sont inacceptables; il existe une attente légitime que des certificats de naissance seraient acceptés à moins que le refus ne soit motivé—Demande rejetée—La décision *Popal c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 3 C.F. 532 (1<sup>re</sup> inst.), dans laquelle le juge Gibson a conclu que le ministre devait motiver la décision de refuser un passeport en cours de validité, ainsi que d'autres documents portant sur l'identité du demandeur, a été écartée parce que le Parlement a dit qu'un passeport en cours de validité *doit* être accepté en vertu de l'art. 46.04(8)—En outre dans *Popal*, on n'a pas dit aux demandeurs quels étaient les documents inacceptables—Le ministre conserve la compétence d'exercer un pouvoir discrétionnaire raisonnable pour déterminer si des certificats de naissance satisfont aux exigences de l'art. 46.04(8)—L'inclusion du certificat de naissance dans la note de service ne constitue pas une exigence en vertu de laquelle l'agente devrait motiver la décision de refuser un certificat de naissance—Application de facteurs pour déterminer le contenu de l'obligation d'équité procédurale, y compris la prestation d'une explication écrite d'une décision dans certaines circonstances, identifiée dans *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817—L'obligation d'équité procédurale dans le cadre de l'art. 46.04(8) ne comprend pas l'obligation de motiver une décision—La décision à prendre est de savoir si le droit d'établissement devrait être accordé—Les demandeurs n'ont pas obtenu le droit d'établissement—La décision de ne pas leur accorder le droit d'établissement en vertu de l'art. 46.04(8) n'a pas une incidence trop importante sur les demandeurs—Ils possèdent toujours le droit de rester au Canada, qui leur est conféré par leur statut de réfugié au sens de la Convention, et leur demande pourra être réévaluée une fois qu'ils produiront de meilleures preuves d'identité—Rien ne les empêche de présenter d'autres demandes d'établissement en vertu de l'art. 46.04(8)—Il n'existe aucune attente légitime en vertu de laquelle le droit d'établissement sera automatiquement accordé, car certaines conditions exigeantes doivent être remplies avant une telle décision—La procédure servant à présenter des demandes aux termes de l'art. 46.04(8) et à les évaluer ne préconise pas une obligation d'équité procédurale supérieure—Une attente légitime est créée quand un décideur, par des mots, une procédure ou une action, crée une attente raisonnable de la part de la personne concernée, en vertu de laquelle un certain processus sera suivi pour le prononcé de la décision—Cela ajoute un élément particulier au processus à

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

l'égard de l'obligation d'équité procédurale que le décideur est tenu de respecter et il y a manquement à l'obligation d'équité procédurale si ce processus n'est pas suivi—La doctrine de l'attente légitime est procédurale et ne peut pas servir à créer un droit fondamental ni à entraver l'exercice d'un pouvoir législatif—L'inclusion d'un certificat de naissance comme un exemple de ce qui pourrait constituer des papiers d'identité acceptables dans la note de service sur les opérations ne crée pas une attente légitime en vertu de laquelle de tels documents seraient toujours acceptés—Les déclarations dans la note de service sur les opérations avaient simplement pour but d'illustrer quels documents peuvent remplir le critère d'un papier d'identité acceptable, et ne peuvent pas être interprétées comme signifiant que le défendeur s'engageait à toujours accepter un certain type de document aux fins de l'art. 46.04(8)—Il n'existait aucune attente légitime de la part des demandeurs en vertu de laquelle ces certificats de naissance seraient acceptables—Question certifiée: est-il nécessaire de motiver un refus du droit d'établissement aux termes de l'art. 46.04(8) de la Loi sur l'immigration—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 46.04(8) (édité par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 14; mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 38).

VAIRAMUTHU C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3529-99, juge McKeown, ordonnance en date du 25-9-00, 7 p.)

Demande de contrôle judiciaire contre la décision par laquelle un agent d'immigration supérieur a émis un avis de rétention à l'encontre du navire à moteur *Erla* et contre l'exigence selon laquelle la libération du navire est conditionnelle au versement d'un montant de 15 000 \$ à titre de dépôt de cautionnement—Le *Erla* est arrivé à Terre-Neuve le 1<sup>er</sup> juillet 1999—Fannev Ltd en était le propriétaire bénéficiaire—Le 5 novembre, notre Cour a ordonné la vente en justice du *Erla*—Le 10 novembre, le membre letton du personnel a déserté le *Erla* et a déposé une demande de statut de réfugié au sens de la Convention—Conformément à l'avis donné par le prévôt aux créanciers, ces derniers avaient jusqu'au 15 novembre 1999 pour déposer leurs réclamations, tandis que toute demande de contestation y relative devait être déposée au plus tard le 29 novembre—Le 18 novembre, les biens que contenait le *Erla* sont passés des mains de Fannev à North Fishing—Le 21 décembre, le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration a délivré, à l'intention de Fannev et de Eimskip (mandataire du *Erla* jusqu'au 10 juin 1999), une ordonnance visant le dépôt d'un cautionnement en vertu de l'art. 92 de la Loi sur l'immigration—Le défendeur a retenu le *Erla* en application d'une ordonnance de rétention délivrée aux termes de l'art. 92—L'art. 86 dispose que le transporteur est responsable des frais de renvoi des membres du personnel qui entrent au Canada à titre de visiteurs et qui perdent leur qualité de visiteur—Demande accueillie—Lorsque le défendeur a délivré l'ordonnance relative au cautionnement ainsi que l'avis de rétention, la vente du *Erla* avait déjà eu lieu—L'ar-

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

rêt *Osborn Refrigeration Sales and Service Inc. c. «Atlantean I»* (Le) (1982), 7 D.L.R. (4th) 395 (C.A.F.) énonce que lorsqu'un navire est vendu en justice dans des procédures *in rem*, l'acheteur acquiert un titre parfait; tous les créanciers qui jusque-là, avaient le droit de poursuivre le navire et de le faire saisir perdent cette possibilité et, dorénavant, leur seul droit est de participer, suivant le rang de leur créance respective, à la distribution du prix de vente du navire—La date à laquelle la vente en justice du navire prend effet est celle à laquelle la propriété du navire a été transportée à son nouveau propriétaire—Les créanciers postérieurs à cette date ne pourront participer à la distribution du prix de vente—Le ministre n'a pas pris la décision de tenir le transporteur responsable des frais de renvoi jusqu'à ce que la vente du *Erla* ait été conclue—Comme le défendeur n'a pas déposé sa réclamation contre le produit de la vente du navire en temps utile, sa créance n'est pas valide contre le produit de la vente du navire—Les art. 86 ou 92 ne créent pas quelque droit que ce soit qui se rattache au navire à proprement parler, de manière à contourner le principe en droit qui veut que la vente en justice du navire entraîne l'extinction des droits des créanciers qui, avant l'exécution de la vente, pouvaient poursuivre le navire ou le faire saisir—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 86 (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 75), 92 (mod., *idem*, art. 81).

NORTH FISHING LTD. C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-352-00, juge O'Keefe, ordonnance en date du 27-10-00, 12 p.)

Demande de sursis à l'exécution d'une mesure de renvoi prise contre les demandeurs—Les demandeurs, mari et femme, sont tous deux originaires de Trinidad—Ils ont une enfant qui est née au Canada—Leurs revendications du statut de réfugié ont été rejetées pour cause d'abandon—La demande d'autorisation qui leur permettrait de demander le droit d'établissement de l'intérieur du Canada pour des raisons d'ordre humanitaire a été déposée en septembre 1999—L'agent chargé du renvoi a transmis sa décision de ne pas différer le renvoi le 4 octobre 2000—Pour que leur demande de sursis soit accueillie, les demandeurs doivent établir qu'il y a une question sérieuse à instruire, qu'il y aura un préjudice irréparable si le sursis n'est pas accordé, que la prépondérance des inconvénients favorise l'octroi du sursis au détriment des intérêts du défendeur qui doit s'acquitter de sa responsabilité légale prévue à l'art. 48 de la Loi sur l'immigration d'exécuter la mesure de renvoi «dès que les circonstances le permettent»—L'obligation du défendeur d'exécuter la mesure de renvoi «dès que les circonstances le permettent» confère à l'agent chargé du renvoi un certain pouvoir discrétionnaire de différer le renvoi dans des circonstances appropriées—Il faut se demander si, dans toutes les circonstances de l'espèce, la décision de refuser de différer le renvoi était raisonnable—L'agent des visas n'a pas ignoré l'enfant née au Canada—Le défendeur a été loin d'être diligent dans le traitement de la demande des demandeurs fondée sur des

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

raisons d'ordre humanitaire—D'après les faits particuliers de l'espèce et au regard d'un critère préliminaire relativement faible, il y a une question sérieuse à instruire quant à savoir si la décision de l'agent chargé du renvoi de ne pas différer le renvoi était raisonnable au vu des engagements internationaux du Canada concernant les droits des enfants—Si les demandeurs sont retournés à Trinidad, l'enfant qui est née au Canada devra soit partir avec ses parents à Trinidad soit rester au Canada—Quelle que soit la solution qui sera adoptée, il en résultera un préjudice irréparable pour l'enfant—La prépondérance des inconvénients favorise les demandeurs—Demande accueillie—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 48.

HARRY C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION), (IMM-5248-00, juge Gibson, ordonnance en date du 20-10-00, 8 p.).

L'appel relatif à une question certifiée ([1999] 3 C.F. F-26 (1<sup>re</sup> inst.)) porte sur deux questions—La commissaire avait déjà signé ses motifs écrits quand la section du statut a reçu les éléments de preuve supplémentaires de la partie demanderesse—1) Pour les motifs exposés par le juge McKeown, une fois que les motifs écrits sont signés, la décision de la section du statut est «rendue» au sens de l'art. 69.1(9) de la Loi sur l'immigration—La notification est clairement, compte tenu du libellé de la Loi, un processus différent—La règle 30 des Règles de la section du statut de réfugié prévoit que le greffier signe l'avis de décision et le signifie «sans délai»—En conséquence, la décision doit être rendue «le plus tôt possible» aux termes de la Loi et, une fois qu'elle est rendue, elle doit être signifiée «sans délai» en vertu des Règles—Comme les motifs écrits avaient déjà été signés au moment où la section du statut a reçu les éléments de preuve supplémentaires de la partie demanderesse, la commissaire était dessaisie—2) Rien ne prouve que la commissaire a vu le document en cause avant de signer ses motifs écrits—La commissaire n'avait pas l'obligation continue, après l'audience et avant de signer ses motifs écrits, d'examiner les documents qui n'avaient pas été déposés à l'audience mais dont avait été saisie la section du statut dans l'intervalle—Appel rejeté; réponse négative à la question certifiée—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 69.1(9) (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18; L.C. 1992, ch. 49, art. 60)—Règles de la section du statut de réfugié, DORS/93-45, règle 30.

TAMBWE-LUBEMBA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (A-279-99, juge Décary, J.C.A., jugement en date du 14-11-00, 3 p.).

## STATUT AU CANADA

*Personnes ayant un statut temporaire*

Contrôle judiciaire du refus de l'agente principale d'accorder une dispense aux termes de l'art. 114(2) de la Loi sur l'immigration de l'exigence de demander et d'obtenir des

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

visas de l'extérieur du Canada en conséquence de considérations humanitaires (CH) insuffisantes—Les demandeurs sont une famille venant de Trinidad—La demanderesse principale a revendiqué le statut de réfugié au sens de la Convention en invoquant la violence conjugale—Revendication refusée—La norme de contrôle pour contester une décision CH est celle de la décision raisonnable *simpliciter*—L'art. 114(2) donne au ministre ou à son représentant le pouvoir d'accorder aux demandeurs une dispense d'application de l'art. 9(1) quand il est convaincu qu'une telle dispense est justifiée eu égard à des raisons d'ordre humanitaire—Une telle décision est fortement discrétionnaire—Le demandeur doit démontrer que le décideur a commis une erreur de droit, s'est fondé sur un principe erroné ou impropre, ou a agi de mauvaise foi—La preuve devant l'agente d'immigration s'étendait aux antécédents professionnels de la demanderesse principale, à l'amélioration de ses compétences, à son travail communautaire, aux dispositions de logement, à ses économies, à la présence de frères et de sœurs au Canada et aux États-Unis, à sa demande de statut de réfugié au sens de la Convention refusée, aux études de ses deux enfants, et à l'avenir auquel auraient à faire face les demandeurs s'ils devaient retourner à Trinidad—Il n'y a aucune preuve indiquant que l'agente d'immigration n'a pas tenu compte d'une information dont elle disposait—Les arguments des demandeurs reviennent essentiellement à l'inconvénient de quitter le Canada pour présenter leur demande d'établissement de l'étranger, et au désaccord sur l'importance accordée par l'agente d'immigration à la preuve—Les faits de l'affaire ne montrent pas de difficultés graves, imméritées ou disproportionnées—Le dossier n'indique pas que la décision de l'agente d'immigration était déraisonnable à un point tel qu'elle justifiait une intervention judiciaire—En outre, la demanderesse a une deuxième demande CH pendante en raison de son récent mariage à un citoyen canadien—Les questions soulevées dans la présente demande de contrôle judiciaire sont distinctes de la deuxième demande CH—Pendant l'audience, la demanderesse a tenté d'alléguer que la décision de l'agente principale devrait être annulée parce qu'elle n'a pas tenu compte du bien-être des enfants comme le prévoit *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817—L'objection du défendeur a été maintenue parce que le fait d'accueillir de nouveaux arguments juridiques soulevés à l'audience pour lesquels la partie adverse n'est pas préparée donnerait lieu à un préjudice grave—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 9(1) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 4), 114(2).

MOHAMMED C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5609-99, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 18-9-00, 9 p.).

*Réfugiés au sens de la Convention*

Demande de contrôle judiciaire de la décision de la section du statut de réfugié de rejeter la revendication de statut de réfugié du demandeur, au motif qu'il n'a pas cherché à obtenir la protection de l'État en Chine—La

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

Commission a conclu que le témoignage du demandeur qu'il ne s'était pas adressé au bureau de lutte à la corruption par peur de représailles n'était pas crédible, puisqu'il n'avait pas eu peur de participer à une manifestation et de crier des slogans attaquant la corruption—Demande rejetée—Il n'y a rien d'illogique dans le raisonnement de la Commission—Sa conclusion n'est pas déraisonnable—Quant à la norme de preuve, la Commission n'a pas commis d'erreur en imposant au demandeur, aux fins de réfuter la présomption de la protection de l'État, le fardeau d'un plus grand degré de probabilité aligné sur l'exigence de clarté et de conviction énoncée dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, à la p. 13.

XUE C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4477-99, juge Rothstein, J.C.A. (*ex officio*), ordonnance en date du 23-10-00, 7 p.)

Contrôle judiciaire de la décision de la SSR portant que les demandeurs ne sont pas des réfugiés au sens de la Convention—Demandeurs: deux conjoints et trois de leurs enfants—Tous citoyens du Mexique—Revendication fondée sur la crainte d'être persécuté en raison de croyances religieuses—Les cinq demandeurs étaient témoins de Jehova—La mère du demandeur principal était aussi témoin de Jehova et est décédée après avoir refusé une transfusion sanguine—Le demandeur principal avait appuyé la décision de sa mère—Ses frères et sœurs l'ont accusé d'avoir causé le décès de leur mère et les a menacés, lui et ses enfants, à trois occasions—Les policiers n'ont pris aucune mesure lorsque ces menaces leur ont été signalées à une occasion—La SSR a statué que leur crainte était fondée sur une querelle familiale qui ne les plaçait pas dans une situation correspondant à la définition de l'expression «réfugié au sens de la Convention»—Demande accueillie—Les motifs de la SSR ne révèlent pas qu'elle a conclu, de façon générale, que les demandeurs n'avaient aucune crainte subjectivement et objectivement bien fondée d'être persécutés partout au Mexique pour un motif prévu par la Convention—Dans l'ouvrage intitulé *The Law of Refugee Status*, Toronto: Butterworths, 1991, le professeur James Hathaway a écrit que la religion comme motif de reconnaissance du statut de réfugié comporte deux dimensions: 1) la protection des personnes exposées à un risque sérieux parce qu'elles adhèrent à une religion donnée; 2) étant donné que la religion englobe la conduite qui découle des croyances, il convient de reconnaître le statut de réfugié aux personnes qui courent un risque pour avoir choisi de vivre en accord avec leurs convictions—Les demandeurs ont établi qu'ils avaient une crainte objectivement et subjectivement bien fondée d'être persécutés au Mexique du fait de leur religion, dans la mesure où ils seraient exposés au risque d'être persécutés si on les obligeait à retourner au Mexique du fait que le demandeur principal a choisi de vivre en accord avec ses convictions religieuses en appuyant sa mère lorsque ses

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

propres convictions religieuses l'ont amenée à refuser une transfusion sanguine qui aurait pu lui sauver la vie—Aucun des avocats n'a cité une décision de l'une ou l'autre des sections de la Cour qui rejette ou retient clairement l'interprétation de la persécution du fait de la religion prônée par le professeur Hathaway—Rien ne permet de conclure que la SSR aurait adopté la thèse voulant que la persécution n'entre dans la définition de l'expression «réfugié au sens de la Convention» que si elle est le fait de l'État.

REUL C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-326-00, juge Gibson, ordonnance en date du 2-10-00, 7 p.)

*Résidents permanents*

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'agent des visas a rejeté une demande de résidence permanente en raison du non-respect des exigences de l'art. 9(3) de la Loi sur l'immigration—Le demandeur a présenté sa demande de résidence permanente au Canada le 8 mai 1997—Il a passé une entrevue le 24 mai 1998—L'agent des visas a rejeté la demande au motif que le demandeur n'avait pas fourni les renseignements demandés à l'entrevue, elle a donc conclu qu'il n'avait pas satisfait aux exigences de l'art. 9(3)—L'agent de sécurité du SCRS a mené une enquête sur les antécédents de l'employeur du demandeur plutôt que sur ceux du demandeur—Si ce dernier devait répondre aux questions, il serait extrêmement inquiet de la sécurité et de la protection de sa femme et de ses enfants toujours en Chine—L'agent des visas a commis une erreur en rendant sa décision sans avoir reçu une recommandation de l'agent de liaison en matière de sécurité relativement à l'admissibilité du demandeur—Le défendeur consent à accorder la demande de contrôle judiciaire sous réserve de quatre directives—La Cour ajoute une cinquième directive interdisant à l'agent de sécurité ou à l'agent des visas d'interroger le demandeur à propos de questions de sécurité ou de renseignements de sécurité portant sur son employeur ou sur le gouvernement chinois—Demande accueillie—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 9 (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 4).

NING C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4016-99, juge Dubé, ordonnance en date du 26-9-00, 6 p.)

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'agent des visas a rejeté une demande de résidence permanente au Canada, dans la catégorie des immigrants indépendants—Le demandeur devait obtenir 70 points d'appréciation, mais en a obtenu 68—L'art. 1(1)d) à l'annexe I du Règlement sur l'immigration de 1978 prévoit l'attribution de 15 points lorsqu'un diplôme universitaire de premier cycle comportant au moins trois ans d'études à temps plein a été obtenu—L'art. 1(1)e) prévoit l'attribution de 16 points lorsqu'un diplôme universitaire de second ou de troisième cycle a été obtenu—Ces deux dispositions sont assujetties à l'art. 1(4),

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite**

qui dispose que seul le nombre de points le plus élevé, parmi les alinéas applicables, est retenu—Le demandeur a reçu son premier diplôme universitaire après deux années d'études à temps plein—L'agente des visas n'a attribué au demandeur que 13 points d'appréciation relativement au facteur des études, vu que son diplôme universitaire de premier cycle ne comportait pas trois années d'études à temps plein—Le diplôme d'études supérieures du demandeur n'a pas été pris en compte—L'art. 11(3) du Règlement prévoit qu'un agent des visas peut délivrer un visa à un immigrant qui n'obtient pas le nombre de points d'appréciation requis s'il est d'avis qu'il existe de bonnes raisons de croire que le nombre de points d'appréciation obtenu ne reflète pas les chances de cet immigrant de réussir son installation au Canada et que ces raisons ont reçu l'approbation de l'agent d'immigration supérieur—L'agent d'immigration supérieur a rejeté la recommandation visant l'exercice favorable du pouvoir discrétionnaire en raison de l'âge du demandeur (46), des fonds consacrés à son installation et de l'absence de lien apparent avec le Canada—Demande accueillie—Lorsqu'il est question de l'interprétation des dispositions réglementaires, la norme de contrôle appropriée est celle de la décision correcte—L'agente des visas a commis une erreur lorsqu'elle a refusé d'accorder au demandeur 16 points par suite de son interprétation selon laquelle l'art. 1(1)e était tributaire du respect des exigences de l'art. 1(1)d—Dans l'affaire *Hameed c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1998), 44 Imm. L.R. (2d) 215 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), qui met en cause des faits identiques aux faits en l'espèce, le juge Rothstein a conclu que pour que 16 points d'appréciation soient alloués au demandeur parce qu'il a obtenu un diplôme universitaire de deuxième ou de troisième cycle, ce dernier doit d'abord satisfaire aux exigences relatives à l'obtention d'un diplôme universitaire de premier cycle, lequel doit comporter au moins trois ans d'études à temps plein—La Cour d'appel n'a pas encore examiné la question certifiée à cet égard à la date des présents motifs—Dans les circonstances, le juge Lemieux estime qu'il lui est loisible d'avancer un point de vue différent—Le fait de remplir les exigences prévues à l'art. 1(1)d) ne constitue pas une condition préalable à l'application de l'art. 1(1)e) et ce, pour les motifs suivants—(1) Si le législateur avait eu l'intention de faire en sorte que le diplôme soit tributaire du respect d'une exigence de niveau inférieur, il en aurait fait état—L'interprétation faite par l'agente des visas donne lieu à une réécriture de l'art. 1(3)—Une telle réécriture ne peut être tolérée—(2) Chaque paragraphe de l'art. 1 est introduit par le mot «lorsque» et «when», ce qui donne à penser qu'il s'agit d'une exigence indépendante, à moins qu'elle ne soit expressément liée à un paragraphe précédent—(3) L'art. 1(4), qui interdit que les points soient attribués de façon cumulative, n'aurait pas sa raison d'être si les alinéas n'étaient pas indépendants les uns des autres et justifie l'intention voulant que le plus grand nombre de points d'appréciation soit

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite**

attribué au demandeur—(4) L'art. 1(1)d) ne vise pas les autres situations dans lesquelles le diplôme de premier cycle ne requiert pas trois années d'études à temps plein—Ce silence ne devrait pas être interprété de manière à faire de l'art. 1(1)d) une condition préalable à l'attribution de 16 points pour l'obtention d'une maîtrise ou d'un doctorat—(5) Le défaut d'accorder à l'art. 1(1)d) un caractère autonome crée une certaine incompatibilité avec les autres dispositions—(6) L'interprétation autonome des art. 1(1)b) et 1(1)e) rend le mieux l'objet visé par le système d'évaluation mis en place par le Règlement—La décision par laquelle l'agent d'immigration supérieur a refusé d'approuver la recommandation de l'agente des visas est déraisonnable—La question de l'exercice du pouvoir discrétionnaire aux termes de l'art. 11(3)a) doit être abordée d'un point de vue économique, soit du point de vue de la capacité pour le demandeur de la résidence permanente de gagner sa vie au Canada—Ce pouvoir discrétionnaire vise à remédier aux situations dans lesquelles le critère de sélection n'a pas donné lieu à une évaluation juste de ce à quoi il aurait dû servir, savoir à déterminer la capacité d'un demandeur à réussir son installation au Canada—Ce pouvoir discrétionnaire est de nature générale, sans toutefois être libre de toute restriction—Il doit être exercé suivant des principes reconnus tels que la bonne foi, la mise à l'écart des facteurs sans pertinence et la prise en compte des facteurs pertinents—La norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable—La décision se fonde sur des éléments de preuve incomplets en ce qui concerne l'existence de fonds affectés à l'installation du demandeur, en ce sens que le montant de 67 000 \$ qui représente la valeur des biens que possède le demandeur au Bangladesh n'a pas été pris en compte, n'ayant pas été indiqué dans les recommandations écrites de l'agente des visas—L'agent d'immigration supérieur n'a pas expliqué en quoi l'âge du demandeur constitue un désavantage pour la profession qu'il envisage, soit celle d'agent de dotation, alors que cette profession est en demande au Canada et que l'agente des visas a reconnu que le demandeur avait des possibilités d'emploi au Canada—L'agent d'immigration supérieur ne semble pas avoir tenu compte des motifs invoqués par l'agente des visas au soutien de sa recommandation favorable: une solide maîtrise de la langue anglaise, une forte demande pour la profession envisagée, le travail effectué à l'étranger et l'esprit d'initiative du demandeur—L'agent d'immigration supérieur n'a pas tenu compte de la présence, au Canada, des parents éloignés du demandeur qui ont offert de lui venir en aide afin de faciliter sa transition au pays—Question certifiée: cette interprétation du facteur des études est-elle correcte?—Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 11(3)a) (mod. par DORS/81-461, art. 1), annexe I, art. 1 (mod. par DORS/93-412, art. 17).

KHAN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5318-99, juge Lemieux, ordonnance en date du 16-10-00, 23 p.)



**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin**

Demande de contrôle judiciaire d'une décision d'une agente des visas refusant la demande de résidence permanente de la demanderesse au Canada—Celle-ci, domiciliée en République populaire de Chine, a présenté une demande de visa d'immigrant pour le Canada en vertu de l'art. 9(1) de la Loi sur l'immigration—La demande de résidence a été refusée par l'agente des visas parce que la demanderesse n'a pas obtenu un nombre suffisant de points d'appréciation—L'affidavit de la demanderesse n'a pas été contredit par la défenderesse qui n'a soumis aucun affidavit de l'agente des visas expliquant le déroulement de l'entrevue—La preuve de la demanderesse a démontré qu'une personne raisonnable en viendrait à la conclusion que le comportement de l'agente des visas dénotait une crainte raisonnable de partialité—L'entrevue doit être significative—Elle exige qu'un officier offre à un demandeur une véritable opportunité de se faire entendre—Elle doit être suffisamment complète pour permettre à un demandeur de faire valoir les raisons pour lesquelles il sera capable de s'établir avec succès au Canada—Le comportement de l'agente des visas a nui à l'ambiance qui doit prévaloir pour permettre à un demandeur de tenter de prouver qu'il satisfait aux critères requis—Demande accueillie—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 9 (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 4).

LIN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1883-00, juge Tremblay-Lamer, ordonnance en date du 2-11-00, 5 p.)

**COURONNE****CONTRATS**

Par voie de requête présentée conformément à la règle 220(1) des Règles de la Cour fédérale (1998), la Cour est appelée à statuer sur certaines questions exposées dans un exposé conjoint des faits—Giovannini's Construction Limited avait obtenu l'attribution d'un contrat pour la construction d'un brise-lames à Sibley's Cove à Terre-Neuve—Selon une clause prévoyant le versement de paiements périodiques, une somme de 144 680 \$ a été réclamée après qu'une retenue eut été approuvée le 5 octobre 1988—Ce paiement n'a pas été versé à la société avant qu'elle cesse les travaux le 25 octobre 1988 et avant que la défenderesse ne soit avertie par une banque, le 28 octobre, que la société lui avait fait cession de ses créances comptables—Le syndic a engagé une action demandant que la Couronne lui paie le montant qui était dû à la société—Le syndic n'a pas droit au montant dont le paiement a été autorisé à savoir 144 680 \$—La demande du syndic est assujettie aux modalités du contrat—Quand le paiement d'un certain montant a été approuvé, la société n'était pas en défaut et elle poursuivait l'exécution des travaux conformément au contrat—Mais l'approbation n'a engendré aucun transfert de droit de propriété sur le montant approuvé—Ce montant constitue le montant de toute demande d'acompte de l'entrepreneur

**COURONNE—Suite**

existant au moment où les travaux lui ont été retirés conformément à la clause 38.3—Conformément à la clause 38.2.1, le droit de la société de réclamer le paiement de ce montant s'est éteint lorsque les travaux lui ont été retirés—Par la clause 38, il a été entendu que la Couronne pourrait retirer les travaux à la société et prendre des dispositions pour l'achèvement des travaux par un autre—En cas de concrétisation de cette éventualité, la convention prévoyait que toute demande non réglée de la société qui existait avant que les travaux ne lui soient retirés, était payable seulement si la Couronne en décidait ainsi aux termes de la clause 38.4, pour le montant établi par l'ingénieur, comme le prévoyait la clause 38.3—Aucun établissement d'un tel montant n'a eu lieu en l'espèce—Étant donné que, selon ce que prévoyait le contrat, la demande de la société ne pouvait faire l'objet de poursuites, le syndic demandeur n'a pas de demande à formuler contre la Couronne.

GIOVANNINI'S CONSTRUCTION LTD. (SYNDIC) C. CANADA (T-624-90, juge MacKay, ordonnance en date du 26-10-00, 13 p.)

**RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE**

La demanderesse a conclu certains contrats de vente d'orge avec des clients américains pendant la période au cours de laquelle la politique relative au marché continental de l'orge était en vigueur—Ladite politique et le Règlement s'y rapportant ont été révoqués par le gouvernement nouvellement élu et la demanderesse n'a pu exécuter les contrats en question qu'avec difficulté et moyennant des coûts supplémentaires pour elle, d'où la demande de dommages-intérêts formulée à l'encontre de Sa Majesté—La demanderesse soutient que le gouvernement a fait preuve de négligence lorsqu'il a apporté les modifications au Règlement et qu'il a formulé une assertion négligente et inexacte—Requête en vue d'obtenir un jugement sommaire portant rejet de l'action de la demanderesse—Requête accueillie—Aucune action ne peut être intentée contre le gouvernement au motif que celui-ci a adopté un texte législatif subséquent déclaré *ultra vires*—Le principe s'applique à la décision de légiférer et à la décision concernant la façon de le faire (en l'espèce, par des modifications apportées au Règlement)—En ce qui concerne l'allégation d'assertion négligente et inexacte, le premier critère à appliquer consiste à se demander s'il était raisonnable pour la demanderesse de se fonder sur l'assertion qui a été formulée—Très peu de gens diraient qu'il est raisonnable de se fonder sur des promesses formulées par des politiciens en période préélectorale—Une assertion est une déclaration concernant un événement antérieur ou actuel—En revanche, une promesse est un engagement concernant une mesure ultérieure—En l'absence de fraude ou de mauvaise foi, une promesse ne saurait constituer le fondement d'une action en négligence—Étant donné que les déclarations invoquées en l'espèce concernent toutes une conduite ultérieure, elles ne peuvent

**COURONNE—Fin**

être fautives—Remarque incidente: le critère plus moderne qui est appliqué à l'égard des allégations de négligence formulées contre les autorités publiques est le critère *Anns/Kamloops (Anns v. Merton London Borough Council, [1978] A.C. 728, Kamloops (ville) c. Nielsen et al, [1984] 2 R.C.S. 2)*—Selon ce critère, il faut chercher à savoir: 1) Si le lien entre la partie demanderesse et l'autorité est suffisamment étroit pour donner lieu à un devoir de prudence—En l'espèce, le lien entre le gouvernement et l'entité administrée n'est pas un lien caractérisé par une grande proximité sur le plan individuel—Le gouvernement a un devoir à l'endroit de l'ensemble du public et non une obligation individuelle—2) S'il existe des facteurs d'ordre législatif ou politique pouvant atténuer ou modifier ce devoir ou en nier l'existence—L'autorité publique doit pouvoir faire librement ses choix en tenant compte uniquement des conséquences politiques de ceux-ci et non de la possibilité d'être poursuivie en dommages-intérêts—Le gouvernement ne peut être poursuivi en dommages-intérêts lorsqu'il légifère, même de façon erronée, incompétente ou stupide.

A.O. FARMS INC. C. CANADA (T-1620-95), juge Hugessen, ordonnance en date du 27-10-00, 7 p.)

**DROIT ADMINISTRATIF****CONTRÔLE JUDICIAIRE***Certiorari*

Appel de la décision ([1999] 3 C.F. 58) par laquelle le juge de première instance a rejeté la demande de contrôle judiciaire de l'ordonnance portant annulation des procédures instituées devant le tribunal des droits de la personne, au motif que l'appelant avait renoncé à son droit de s'opposer à l'existence d'une crainte raisonnable de partialité—L'audience devant le tribunal a commencé en 1996—En 1998, l'appelant a saisi le tribunal d'une requête pour que celui-ci rejette les plaintes ou qu'il ordonne de surseoir à toute poursuite de l'audience en se fondant sur l'affaire *Bell Canada c. Assoc. canadienne des employés de téléphone, [1998] 3 C.F. 244 (1<sup>re</sup> inst.)*, dans laquelle le juge McGillis a conclu que le régime prévu dans la Loi canadienne sur les droits de la personne relativement à l'inamovibilité et à la sécurité financière affaiblissait le statut du tribunal constitué en vertu de la Loi, dans la mesure où celui-ci ne jouissait pas du degré d'indépendance institutionnelle requis; le juge a statué qu'il en découlait une crainte raisonnable de partialité—Appliquant les principes énoncés dans l'arrêt *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Utilities), [1992] 1 R.C.S. 623*, le juge McGillis a conclu que les procédures devaient être annulées—Appel rejeté—L'arrêt *Newfoundland Telephone* n'a pas pour effet de rendre la théorie de la renonciation inopérante au motif que l'existence de la partialité entraîne la nullité

**DROIT ADMINISTRATIF—Fin**

absolue des procédures intentées devant le tribunal et leur enlève tout effet—Aucune question relative à la renonciation n'a été soulevée dans cet arrêt—Comme l'opposition à la poursuite des procédures a clairement été soulevée au tout début de l'audience, la Cour suprême du Canada n'a pas eu l'occasion d'aborder la question de la renonciation—L'arrêt *R. c. Curragh Inc., [1997] 1 R.C.S. 537*, n'est pas d'une grande utilité pour l'appelant—Même s'il ressort de cet arrêt que les principes de l'arrêt *Newfoundland Telephone* s'appliquent également en matière criminelle, on a d'abord expressément accepté qu'il était possible d'envisager la renonciation, mais on a conclu que celle-ci ne s'appliquait pas dans les circonstances—L'appelant fait valoir qu'il n'a pas renoncé à son droit de s'opposer et qu'il s'est empressé d'agir après que l'arrêt *Bell Canada* eut été rendu—Les dispositions de la Loi, telles qu'elles s'appliquaient au début de l'audience, ont donné naissance à une crainte raisonnable de partialité et rien n'empêchait l'appelant de contester, dès le départ, la validité des procédures sur ce fondement—L'arrêt *Bell Canada* n'a rien modifié à cet égard et n'offrait à l'appelant aucun nouveau fait—Cet arrêt a simplement attiré l'attention de l'appelant sur les carences de la loi—Plutôt que de soulever au départ la question de l'indépendance institutionnelle, l'appelant a pris part à l'audience devant le tribunal sans jamais soulever la moindre opposition jusqu'au moment où il a déposé la requête en 1998—Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6.

ZÜNDEL C. CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) (A-215-99, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 10-11-00, 8 p.)

**DROITS DE LA PERSONNE**

Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la CDDP de ne pas constituer un tribunal pour entendre les plaintes de pratiques discriminatoires dans l'emploi déposées contre l'employeur, le ministère de l'Environnement—En 1987, la demanderesse a fait l'objet d'un diagnostic de «polysensibilité aux agresseurs chimiques» ou de «maladie environnementale»—Elle s'est absentée jusqu'en 1990—L'employeur a acquiescé à sa requête de transformer son poste en poste saisonnier; il a cherché à trouver des locaux répondant à ses besoins—Finalement, l'employeur a indiqué à la demanderesse qu'elle devait reprendre son travail à son domicile, mais elle a refusé—L'employeur lui a ensuite ordonné de se présenter au travail à son lieu habituel de travail—La demanderesse s'est présentée, mais elle a déposé un nouveau refus de travailler après quelques heures—La demanderesse a été congédiée au motif qu'elle ne pouvait s'acquitter des fonctions de son poste—La CDDP a rejeté la plainte de la demanderesse, au motif que son employeur avait assuré un accommodement raisonnable face à sa déficience—Demande accueillie—Le deuxième affidavit supplémentaire de la demanderesse, souscrit le 21 avril

**DROITS DE LA PERSONNE—Fin**

1999, et le rapport médical ne peuvent être examinés dans le cadre de la demande de contrôle judiciaire, puisqu'ils n'étaient pas en la possession du tribunal dont la décision est contestée—Le fait de ne pas avoir transmis à la demanderesse les renseignements contenus dans la réponse de la défenderesse à l'enquêteur et de ne pas lui avoir permis d'y répondre constitue un manquement à l'équité procédurale—Le fait de ne pas avoir expédié à la demanderesse pour commentaire copie de la décision de la CRTFP qui exprimait un avis critique à son sujet est aussi un manquement à l'équité procédurale—La mention dans le rapport de l'enquêteur du fait que la demanderesse avait présenté 14 plaintes à la CFP n'est pas pertinent et n'aurait pas dû être placé dans ce rapport.

HUTCHINSON C. CANADA (MINISTRE DE L'ENVIRONNEMENT) (T-1072-98, juge O'Keefe, ordonnance en date du 26-10-00, 20 p.)

**FONCTION PUBLIQUE****APPELS**

Appel de la décision du juge Sharlow ([2000] 2 C.F. F-9) que le comité d'appel de la Commission de la fonction publique n'a pas compétence pour connaître et trancher des appels en vertu de l'art. 21(1.1) de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique interjetés par des personnes qui ne satisfont pas aux critères prévus à l'art. 13(1)—Les dispositions législatives pertinentes ne permettent pas d'en appeler à un comité d'appel, sauf lorsque l'appelant est une personne qui, au moment de la sélection, satisfait aux critères fixés en vertu de l'art. 13(1)—Les personnes qui ne satisfont pas aux critères de l'art. 13(1), et qui n'ont donc pas le droit d'interjeter appel en vertu de l'art. 21(1.1), peuvent probablement attaquer la validité du processus de sélection par la voie d'une demande de contrôle judiciaire—Appel rejeté—Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. 1985, ch. P-33, art. 13 (mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 12), 21(1.1) (édicte, *idem*, art. 16).

BEAUDRY C. CANADA (PROCEUREUR GÉNÉRAL) (A-63-00, juge Rothstein, J.C.A., jugement en date du 15-11-00, 3 p.)

**IMPÔT SUR LE REVENU****CALCUL DU REVENU***Déductions*

Appel d'une décision de la Cour de l'impôt concluant que les pertes de la société et les frais d'intérêts engagés par l'appelant en 1993 et en 1994 étaient déductibles—Le contribuable a investi dans des biens de location avec un très petit versement initial en espèces—Le solde de l'invest-

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

tissement a été financé au moyen d'un emprunt—Le principal devrait être payé selon un tableau d'amortissement de 25 ans—Le ministre a refusé des pertes de la société et des frais d'intérêts au motif que l'appelant n'avait aucune attente raisonnable de profit en raison de l'emprunt important contracté pour financer l'investissement—La Cour de l'impôt a conclu qu'il était clairement question d'un investissement à long terme fait de bonne foi, et que l'on s'attendait à ce que, en temps et lieu, l'emprunt finirait par être remboursé et que le contribuable se retrouverait avec un investissement durable, c.-à-d. il réaliserait un profit tiré de la conservation d'un bien de location—Appel rejeté—Le juge Létourneau, J.C.A. (le juge McDonald, J.C.A., souscrivant) souscrivant aux motifs du juge Rothstein, J.C.A, mais ajoutant ce qui suit: l'appelante soutient que le contribuable n'a aucune attente raisonnable de profit parce que ses arrangements financiers à l'égard de son investissement dans une société en commandite consistant en une activité de location de condominium comportaient des paiements d'intérêts qui dépassaient le revenu qu'il tirait de la société—Toutefois, la société en commandite était une entreprise viable qui avait une attente raisonnable de profit—En fait, la société a commencé à réaliser des profits dans sa deuxième année d'activité—L'investissement du contribuable dans une entreprise viable était dénué d'intérêt personnel et l'entreprise était véritable—Le point de vue de l'appelante élargirait l'application du principe de l'absence d'attente raisonnable de profit aux particuliers associés pour leur participation dans une société qui, à tous les égards, exploite une entreprise rentable—Ce point de vue laisse entendre que, en raison des arrangements financiers de l'intimé, la société dans laquelle l'intimé a investi n'a pas exploité une entreprise et n'était pas une source de revenu, mais seulement pour le montant des pertes d'intérêts supérieur au revenu provenant de l'entreprise—La Cour est du même avis que le juge de la Cour de l'impôt que cela était erroné sur le plan de la logique, du droit et du bon sens—Le juge Rothstein, J.C.A.: le critère de l'attente raisonnable de profit a été rempli—La période d'amortissement n'était pas inhabituellement longue pour des investissements à long terme dans l'immobilier—À mesure que le principal est remboursé, les frais d'intérêts diminuent et la rentabilité sera atteinte.

CANADA C. MILEWSKI (A-596-99, juges Létourneau et Rothstein, J.C.A., jugement en date du 26-9-00, 7 p.)

*Gains et pertes en capital*

Appel *de novo* d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt portant sur des cotisations pour les années d'imposition 1981 et 1983 de la demanderesse (SLM)—La première transaction est celle où SLM se départit de sa filiale «St-Laurent» qui déclare un dividende en actions de 1 000 000 \$—La seconde transaction est celle où SLM vend sa filiale «Valcartier» à une filiale de SNC—Le MNR a fondé ses cotisations résultant des deux transactions sur l'art.

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

55(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu—De plus, quant à la deuxième transaction, le ministre s'est appuyé subsidiairement sur l'art. 55(2) de la Loi—Le débat soulève des questions de droit relativement aux art. 55(1) et 55(2) de la Loi en vigueur pendant les deux années en question—La Couronne n'est pas autorisée à invoquer un nouveau fondement pour justifier une nouvelle cotisation après l'expiration du délai de quatre ans prévu à cette fin—En ce qui concerne la perte en capital de 1 000 000 \$ découlant de la disposition des 1 000 actions privilégiées classe B et des 470 actions ordinaires de SLM, la demanderesse a plaidé qu'elle n'avait pas disposé de ses actions de façon à artificiellement ou indûment occasionner une perte—Selon l'art. 55(1) de la Loi, le contribuable doit être la personne qui a contribué par ses agissements à créer la perte—L'art. 55(1) énonce une règle anti-évitement d'application générale alors que l'art. 55(2) traite d'une application plus restreinte—Le ministre est lié à la base fondamentale de sa cotisation après le délai de quatre ans et la Cour canadienne de l'impôt est également soumise à cette prescription—L'art. 55(2) ne s'applique pas aux faits de l'espèce pour trois raisons—Premièrement, la Couronne n'était pas autorisée à invoquer une autre disposition impliquant un fondement différent pour justifier une nouvelle cotisation après l'expiration du délai de quatre ans—Deuxièmement, l'art. 152(9) de la Loi ne peut être invoqué parce qu'il n'était pas en vigueur à l'époque pertinente—Troisièmement, la série d'opérations et d'événements donnant lieu aux avis de cotisation a commencé avant le 22 avril 1980 et est donc exclue de la présomption de gain en capital prévue à l'art. 55(2)—L'art. 55(1) s'applique à la première transaction mais non à la deuxième—La condition essentielle à l'application de l'art. 55(1) de la Loi est de savoir si le contribuable lui-même a, par ses agissements, influencé le prix de base rajusté (PBR) ou le produit de disposition des actions de manière à augmenter une perte de façon artificielle ou indue—La déclaration du dividende en actions de 1 000 000 \$ par St-Laurent doit être imputée à SLM en raison du degré de contrôle exercé par cette dernière sur cette filiale—La déclaration du dividende par St-Laurent a eu comme effet direct d'augmenter le PBR des actions de SLM de 1 000 000 \$, ce qui a mené à la perte en question—La perte de 1 000 000 \$ en l'espèce n'aurait pas eu lieu n'eût été de la déclaration de dividendes—Elle n'a pas été réalisée en raison d'une disposition particulière de la Loi, mais plutôt en raison d'agissements attribuables à SLM—Lorsque SLM a déclaré le dividende, elle a, par ses agissements, influencé le PBR de ses actions de façon à créer artificiellement une perte au sens de l'art. 55(1)—Au moment de la deuxième transaction, Prego était l'unique actionnaire de SLM qui détenait à son tour 100 % des actions de Valcartier—Une perte ne sera pas «artificielle ou indue» lorsqu'elle découle de l'application de la Loi—La défenderesse n'a pas démontré que la perte en question a été occasionnée de «façon artificielle ou indue»—L'art. 55(1) ne s'applique pas à cette transaction—Un contribuable a le droit de structurer ses affaires de façon à tirer le meilleur

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

parti possible de l'abri fiscal que la Loi lui offre et on ne peut lui attribuer une intention non explicite d'éluider l'impôt artificiellement ou indûment pour le simple motif qu'il a su monter un échafaudage fiscal complexe et inusité—L'appel de la demanderesse est rejeté quant à la première transaction et accueilli quant à la deuxième transaction—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 55(1) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 48, art. 24), (2) (édicte, *idem*; ch. 140, art. 25)—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 159(9) (mod. par L.C. 1999, ch. 22, art. 63.1).

INDUSTRIES S.L.M. INC. C. CANADA (T-2006-95, juge Dubé, jugement en date du 27/10/00, 30 pp.)

**PÉNALITÉS**

Appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt rejetant en partie les appels du contribuable à l'égard de ses années d'imposition 1985 à 1989 inclusivement—L'appelant a prétendu que le juge Archambault s'est mépris dans le calcul de la pénalité en refusant de déduire dans ce calcul l'allocation du coût en capital à laquelle il avait droit—Il a, dans un premier temps, été cotisé par la méthode de l'«avoir net»—Le juge Archambault a rejeté l'appel quant au calcul de la pénalité en disant que, selon la preuve, M. Roy avait déclaré une partie de ses revenus de location mais pas la totalité—Il a conclu que la pénalité doit être calculée par rapport au revenu non déclaré calculé avant la déduction de l'allocation du coût en capital—Ce raisonnement signifie que si l'appelant avait caché tous ses revenus de location, il aurait droit à la déduction de l'allocation du coût en capital dans le calcul de la pénalité—Ce n'est pas parce qu'il a déclaré une partie de ces revenus qu'il perd le droit à cette déduction—Considérant que le but de la pénalité est d'inciter les contribuables à déclarer leurs revenus et que l'effet dissuasif doit normalement croître avec l'étendue des revenus non déclarés, ce résultat semble absurde—L'absurdité qui découle de l'application d'une disposition législative n'autorise pas les tribunaux à ignorer ses effets lorsque le législateur s'est exprimé de façon claire et non équivoque—Puisque la déduction de l'allocation du coût en capital n'est pas entièrement applicable aux revenus non déclarés, l'appelant ne peut exiger que cette allocation soit déduite dans le calcul de la pénalité—Appel rejeté—Appel incident rejeté.

ROY C. CANADA (A-660-97, juge Noël, J.C.A., jugement en date du 3-11-00, 5 p.)

**PRATIQUE**

Demande de contrôle judiciaire découlant du retard du MRN à établir la cotisation de la demanderesse à l'égard de l'exercice 1998—Demande visant à l'obtention d'une ordonnance de *mandamus* enjoignant au défendeur d'établir

## IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

la cotisation de la demanderesse conformément à l'art. 152 de la Loi de l'impôt sur le revenu, (la LIR), d'appliquer les dispositions pertinentes de la convention fiscale internationale et de débloquer la somme de 5 350 803 \$ détenue pour le compte de la demanderesse—La demanderesse a été constituée en société à la Barbade en 1997; la fiducie de la famille Kaufman était son unique actionnaire—Les filles de Bruce Kaufman et une œuvre de bienfaisance étaient bénéficiaires de la fiducie—En 1998, Kaufman, un résident canadien, et la demanderesse se sont entendus pour vendre les actions de la société—La demanderesse a touché la somme de 16 051 708 \$ pour ses actions—Au mois d'octobre 1998, dans le cadre de la vente des actions, la demanderesse a présenté une demande auprès de l'Agence des douanes et du revenu du Canada (l'ADRC) en vue d'obtenir un certificat en vertu de l'art. 116 de la LIR, sans qu'elle ait à payer l'impôt, pour le motif qu'en vertu de la convention fiscale entre le Canada et la Barbade, tout gain en capital résultant de la disposition des actions était exclusivement imposable à la Barbade—Au mois d'octobre 1998, la section de la vérification internationale de l'ADRC a commencé à demander des renseignements additionnels à la demanderesse en vue de déterminer si la disposition générale anti-évitement (la DGAE) s'appliquait—Demande rejetée—Étant donné que la demanderesse ne demande pas à la Cour de délivrer une ordonnance de *mandamus* enjoignant au ministre de délivrer un certificat conformément à l'art. 116 de la LIR, il serait futile de rendre une décision sur ce point—De toute façon, le délai de 30 jours applicable aux demandes de contrôle judiciaire est expiré depuis longtemps—Quant à l'obligation d'examiner la déclaration de revenus avec diligence prévue à l'art. 152 de la LIR, cette disposition, si elle est lue au complet, confère un certain pouvoir discrétionnaire au ministre en ce qui concerne le moment où la cotisation est établie—Aucune ordonnance de *mandamus* n'a été accordée étant donné que le défendeur a établi que le retard, lorsqu'il s'est agi de délivrer une cotisation, n'était pas déraisonnable: *Apotex Inc. c. Canada*, [1994] 1 C.F. 742 (C.A.); conf. par [1994] 3 R.C.S. 1100—En l'espèce, la déclaration de revenus de la demanderesse a été examinée à cause de l'application possible de la DGAE, qui exigeait une analyse détaillée et le rassemblement des avis d'experts—Le défendeur a en outre allégué qu'il n'a pu commencer à examiner la déclaration de revenus qu'à la fin du mois de juin 1999, après avoir reçu tous les documents pertinents—La demanderesse ne peut pas obtenir une ordonnance de *mandamus* dans ce cas-ci—L'art. 116 de la LIR s'applique expressément aux vendeurs non-résidents qui disposent de certains types de biens canadiens et il l'emporte donc sur les dispositions plus générales invoquées par la demanderesse: art. 158, 225.(1) de la LIR—En l'espèce, l'acheteur a payé le montant de 5 350 603 \$ conformément à l'art. 116(5) de la LIR—Tout paiement excédentaire doit être remboursé à la demanderesse une fois qu'une cotisation aura été établie à l'égard de la déclaration de revenus relative à l'exercice 1998—Par

## IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

conséquent, conformément à l'art. 116 de la LIR, le ministre, qui n'a pas encore établi la cotisation relative à la déclaration de revenus de la demanderesse, n'est pas tenu de rembourser la somme de 5 350 603 \$ à cette dernière—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> supp.), ch. 1, art. 116 (mod. par L.C. 1994, ch. 7, ann. II, art. 87; 1998, ch. 19, art. 133), 152 (mod. par L.C. 1994, ann. II, art. 125; ann. VII, art. 15; ann. VIII, art. 90; ch. 8, art. 20; ch. 21, art. 76; 1995, ch. 3, art. 46; 1996; ch. 21, art. 39; 1998, ch. 19, art. 42, 181), 158, 225.1(1) (mod. par L.C. 1998, ch. 19, art. 225; L.C. 1994, ch. 7, ann. VIII, art. 131(1)).

MERLIS INVESTMENTS LTD. C. MRN (T-1814-99, juge Pinard, ordonnance en date du 27-10-00, 10 p.).

Appel d'une ordonnance interlocutoire de la C.C.I. ayant statué que la question portant sur la constitutionnalité de l'art. 245 de la Loi de l'impôt sur le revenu était une question qui pouvait être tranchée en vertu de l'art. 58(1a) des Règles de la Cour canadienne de l'impôt (Procédure générale)—Le juge en chef adjoint de la C.C.I. a statué que la constitutionnalité de l'art. 245 est une question de droit séparée et distincte qui peut être tranchée sans se rapporter aux faits en litige—Appel accueilli—Le juge Noël, J.C.A. (aux motifs desquels a souscrit le juge Rothstein, J.C.A.): le juge en chef adjoint a commis une erreur de droit quand il a accepté d'inscrire la question au rôle pour décision préliminaire sans connaître les faits en litige qui ont donné lieu à l'application de l'art. 245 dans l'instance dont il était saisi: *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031—Le juge Létourneau J.C.A. (motifs concordants): La question qu'il faut se poser dans les contestations fondées sur l'art. 7 de la Charte n'est pas de savoir si le fait allégué peut déclencher l'application de l'art. 7, mais bien de savoir si on a réellement porté atteinte aux droits garantis à l'intimé par l'art. 7 dans les circonstances de l'espèce—En l'espèce, aucune preuve n'a été produite quant à savoir comment, pourquoi et quand l'application potentielle de l'art. 245 pourrait porter atteinte aux droits garantis par l'art. 7—En fait, la responsabilité du contribuable en l'espèce pourrait être déterminée par la C.C.I. dans la décision qu'elle rendra sur les questions non visées par l'art. 245 (la disposition générale anti-évitement (DGAÉ)), ce qui dispenserait la C.C.I. de se prononcer sur la constitutionnalité de la DGAÉ— Accepter que l'art. 245 est inconstitutionnel à cause de son imprécision sans la moindre preuve qu'il y a eu atteinte aux droits garantis à l'intimé par l'art. 7 élève la protection contre l'imprécision au rang de droit constitutionnel garanti par l'art. 7, ce qui ne peut être fait: *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)* (2000), 190 D.L.R. (4th) 513 (C.S.C.)—Finalement, prétendre que la loi est d'une imprécision inacceptable et par conséquent qu'elle contrevient aux principes de justice fondamentale transforme ces principes en intérêt protégé—Toutefois, les principes de justice fondamentale ne constituent pas un intérêt protégé, mais plutôt un modificatif du droit de ne pas

**IMPÔT SUR LE REVENU—Fin**

se voir porter atteinte à sa vie, à sa liberté et à la sécurité de sa personne: *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*, [1985] 2 R.C.S. 486—Les faits en litige nécessaires concernant la contestation constitutionnelle ne sont pas connus et mènent à la conclusion que la question telle qu'elle a été formulée et présentée par l'intimé ne peut pas et n'aurait pas dû faire l'objet d'une décision préliminaire—En outre, la décision préliminaire sur la question constitutionnelle ne pourra probablement pas abrégier l'audience ou résulter en une économie substantielle des frais—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 245—Règles de la Cour canadienne de l'impôt (Procédure générale), DORS/90-688, art. 58(1)a—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie 1 de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n<sup>o</sup> 44], art. 7.

CANADA c. GREGORY (A-192-00, juges Noël et Létourneau, J.C.A., jugement en date du 11-10-00, 11 p.).

**MARQUES DE COMMERCE****ENREGISTREMENT**

Appels interjetés de décisions par lesquelles la Commission des oppositions a rejeté quatre demandes d'enregistrement des marques de commerce «Day-at-a-Glance», «Week-at-a-Glance», «Month-at-a-Glance,» en liaison avec «des agendas, des carnets de rendez-vous, des calendriers et des registres»—La Commission a jugé que les marques n'étaient pas enregistrables parce qu'elles donnaient une description claire de la nature ou de la qualité des marchandises contrairement à l'art. 12(1)b) de la Loi—Aux termes de l'art. 12(2), une marque de commerce qui n'est pas enregistrable en vertu de l'art. 12(1)a) peut être enregistrée si elle a été employée au Canada de façon à être devenue distinctive à la date de la production de la demande d'enregistrement—L'art. 30 exige que la demande d'enregistrement précise la date à compter de laquelle le requérant ou ses prédécesseurs en titre désignés ont employé la marque de commerce au Canada—La Commission des oppositions a également statué que la marque «Day-at-a-Glance» ne pouvait être enregistrée pour des calendriers au motif que l'appelante ne s'était pas acquittée de la charge ultime qui lui incombait de faire la preuve de sa date revendiquée de premier emploi, contrairement à l'art. 30 de la Loi—Les appels sont rejetés—1) Il s'agit de savoir si toutes les marques dont l'enregistrement est proposé tombent sous le coup de l'interdiction formulée à l'art. 12(1)b) et ne peuvent donc être enregistrées—Suivant le jugement *Thomson Research Associates Ltd. c. Canada (Registraire des marques de commerce)* (1982), 67 C.P.R. (2d) 205 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), la première impression détermine si une marque de commerce constitue une description claire et l'adjectif «claire» à l'art. 12(1)b) est facile à comprendre, évident et simple: il faut considérer ces mots tels qu'il sont utilisés en

**MARQUES DE COMMERCE—Suite**

liaison avec certaines marchandises et établir ce que ces termes, dans le contexte où ils sont utilisés, représenteraient pour le public en général—Pour décider si une marque de commerce donne une description de la nature ou de la qualité des marchandises auxquelles elle est associée, il faut tenir compte du résultat obtenu et de l'effet lui-même—Le principe sous-jacent à l'art. 12(1)b) est d'empêcher une personne d'acquérir un monopole sur l'emploi d'un mot qui évoque la nature ou la qualité du bien visé de manière à empêcher d'autres membres du public d'y recourir à des fins descriptives—Dans le contexte d'agendas et de calendriers, la marque de commerce en cause comporte une connotation descriptive précise, une description explicite et une allusion directe à la nature ou à la qualité des agendas ou des calendriers, et non une allusion indirecte ou à une simple suggestion—Ces allusions ou connotations directes se rapportent à une caractéristique matérielle des marchandises (la disposition, la conception ou la consultation des agendas), ainsi qu'à la fonction de ces agendas et calendriers, en l'occurrence permettre à la personne qui les consulte de repérer rapidement les rendez-vous et activités qu'elle a consignées dans l'agenda ou le calendrier en question—La Commission a eu raison d'envisager la question comme en étant une de première impression, et elle n'a commis aucune erreur dans son interprétation de la preuve—La mention dans la publicité de Grand & Toy des produits de concurrents commerciaux qui vendent eux aussi des agendas démontre à l'évidence la nature et la qualité inhérente de ces marchandises pour ce qui est de leur présentation matérielle et de leur fonction—Il serait illogique d'accorder à un concurrent le droit à l'emploi exclusif de mots ou d'expressions courants qui constituent une description de leur nature, de leur qualité, de leur effet ou de leur fonction inhérents—2) Il s'agit de déterminer si l'appelante a régulièrement déclaré sa date présumée de premier emploi en ce qui concerne les calendriers—L'appelante affirme que la Cour dispose de nouveaux éléments de preuve qui consistent en la définition du terme «calendrier»—La Commission des oppositions a conclu que la marque «Day-at-a-Glance» n'était pas employée en liaison avec ce que le consommateur moyen qualifierait de calendriers—Elle soutient qu'il existe de nouveaux éléments de preuve qui devraient amener la Cour à conclure que la marque «Day-at-a-Glance» était effectivement employée en liaison avec des calendriers en même temps qu'elle était utilisée en liaison avec des carnets de rendez-vous et des agendas—L'appelante conteste également la décision de la Commission en affirmant qu'elle s'est trompée au sujet du fardeau de la preuve—La Commission ne s'est pas méprise au sujet de la question du fardeau initial et du fardeau ultime de la preuve dans le cas d'une contestation fondée sur l'art. 30b)—Dans l'arrêt *Brasserie Labatt Co. c. Brasserie Molson, société en nom collectif* (1996), 68 C.P.R. (3d) 216 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), la Cour a estimé que le registraire a le droit d'examiner l'ensemble de la preuve pour décider si la marque est enregistrable et pour s'assurer qu'il n'y a pas de moyens d'opposition valables

**MARQUES DE COMMERCE—Suite**

—La Commission disposait d'éléments de preuve qui la justifiait de conclure que l'intimée s'était déchargée du fardeau initial de la preuve, compte tenu de l'ensemble de la preuve et notamment des affidavits et du contre-interrogatoire sur ceux-ci—Les nouveaux éléments de preuve qui ont été soumis à la Cour sous forme de définitions du mot «calendrier» ne modifient pas sensiblement la conclusion que «Day-at-a-Glance» n'était pas employée en liaison avec des calendriers—Il ressort à l'évidence de la preuve que les carnets de rendez-vous et les agendas ne sont pas des calendriers—Ils ont un format différent de celui des agendas et sont matériellement différents et distincts des agendas—Le fait que les carnets de rendez-vous et les agendas puissent parfois comporter un calendrier ne change rien au fait que ces marchandises sont différentes—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 12(1)b), (2), 30b).

CULLMAN VENTURES INC., C. QUO VADIS INTERNATIONAL LTÉE (T-1400-96, T-1401-96, T-1402-96, T-1403-96, juge Lemieux, ordonnance en date du 26-10-00, 35 p.).

Appel de la décision par laquelle le registraire des marques de commerce a rejeté l'opposition formée par Michelin à l'enregistrement de huit marques de commerce par l'intimée General Tire («XP 2000», «XP 2000 MS», «XP 2000 AS», «XP 2000 V», «XP 2000 H», «XP 2000 Z», «Ameri Way XT & Dessin», «Ameri XL 4 & Dessin»)—Michelin soutient que les marques de commerce en question créent de la confusion avec une ou plusieurs de ses marques de commerce enregistrées qui comportent la lettre X—Les deux parties fabriquent des pneus et les vendent à des distributeurs—Leurs produits sont souvent vendus côte à côte dans les mêmes établissements—Michelin soutient que General Tire ne s'est pas acquittée du fardeau qui lui incombait de démontrer qu'il n'y avait aucun risque de confusion, que les éléments de preuve relatifs à l'état du registre ne permettent pas de conclure que de nombreux tiers ont utilisé des marques de type X en liaison avec la vente de pneus et que la distinction entre marques principales et marques secondaires n'est pas utile lorsqu'il s'agit de se prononcer sur la question de la confusion dans le cadre de procédures d'opposition—L'appel est rejeté—Les nouveaux éléments de preuve doivent aller beaucoup plus loin que ce qui a déjà été établi devant le registraire pour justifier la Cour de modifier les conclusions de fait tirées par le registraire (*Garbo Group Inc. c. Harriet Brown & Co.* (1999), 3 C.P.R. (4th) 224 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)—Les éléments de preuve complémentaires n'ajoutent rien d'appréciable à ceux qui ont déjà été versés au dossier—Quant à la question de la confusion en général, le raisonnement qu'a suivi le registraire et l'analyse qu'il a faite des facteurs dont il faut tenir compte aux termes de l'art. 6(5) de la Loi sont irréfutables—Il ne convenait pas de tenir compte de l'absence de preuve de confusion réelle—Toute allégation qu'une marque

**MARQUES DE COMMERCE—Suite**

de commerce ne crée pas de la confusion en raison de la façon dont elle est employée est vouée à l'échec, étant donné que la marque est quand même protégée, même si la façon dont elle est utilisée varie—Toutefois, lorsqu'une marque est composée uniquement de lettres ou de chiffres et de chiffres, qui sont disposés de manière à suggérer un numéro de modèle ou un genre de code qui pourrait permettre de reconnaître les caractéristiques de la marchandise type, il se peut que les risques de confusion dans l'esprit des consommateurs soient moins élevés (*GSW Ltd. c. Great West Steel Ind. Ltd.* (1975), 22 C.P.R. (2d) 154)—La conclusion que la mention par le registraire de marques secondaires ne constitue pas une allusion à un mode d'emploi qui évitait la confusion est injustifiée; il s'agit plutôt d'une reconnaissance du fait qu'en raison de la nature des marques de l'appelante et de l'intimée, les consommateurs rechercheront une identification plus claire de la provenance des marchandises, étant donné que les marques elles-mêmes suggèrent davantage un modèle déterminé de pneu que la provenance même du pneu—Finalement, les marques «Ameri XL 4 & dessin» et «Ameri Way XT & Dessin» se distinguent des marques de l'appelante en raison de l'utilisation du préfixe «Ameri»—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 6(5).

CIE GÉNÉRALE DES ÉTABLISSEMENTS MICHELIN—MICHELIN & CIE C. CONTINENTAL GENERAL TIRE CANADA INC. (T-2816-96, T-2817-96, T-2819-96, T-2820-96, T-2821-96, T-2822-96, T-2823-96, T-2824-96, juge Pelletier, ordonnance en date du 20-10-00, 19 p.)

Appel interjeté à l'encontre de la décision par laquelle le juge de première instance a infirmé celle du registraire des marques de commerce, qui avait rejeté l'opposition de Novopharm à l'enregistrement de la marque de commerce de Bayer à l'égard de son médicament, la nifédipine; la marque de commerce se compose de la couleur vieux rose appliquée à l'ensemble de la surface d'un comprimé de forme ronde—Dans l'annonce, la marque proposée était décrite comme une marque de couleur vieux rose, alors qu'elle était présentée en bleu sur le dessin—Le registraire a jugé que cet obstacle avait été surmonté du fait que l'opposante elle-même n'avait pas été désorientée par l'erreur—De l'avis du juge de première instance, les dispositions du Règlement qui concernent la publicité doivent être respectées à la lettre et il n'est pas permis de fermer les yeux sur les erreurs en appliquant un critère axé sur les risques de confusion—Selon le juge, il existe un intérêt public lié à l'exactitude du processus d'enregistrement—Le juge de première instance a conclu que le registraire avait décidé à tort 1) que certaines lacunes touchant l'annonce de la marque de commerce proposée n'avaient pas pour effet d'invalider la demande et 2) que la marque demandée était distinctive—Appel rejeté—Les décisions du registraire qui relèvent de son champ d'experti-

## MARQUES DE COMMERCE—Suite

se, qu'elles soient fondées sur les faits, sur le droit ou qu'elles résultent de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, devraient être révisées suivant la norme de la décision raisonnable *simpliciter*—Lorsqu'une preuve additionnelle est déposée devant la Section de première instance et que cette preuve aurait pu avoir un effet sur les conclusions de fait du registraire ou sur l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, le juge doit en venir à ses propres conclusions en ce qui concerne l'exactitude de la décision du registraire—*Brasseries Molson c. John Labatt Ltée*, [2000] 3 C.F. 145 (C.A.)—Aucun nouvel élément de preuve n'a été présenté à ce sujet devant le juge de première instance—La décision du registraire est déraisonnable, parce qu'elle a pour effet de considérer l'exactitude de l'annonce d'une demande de marque de commerce comme une question intéressant uniquement les parties à l'opposition—Le registraire a commis une erreur lorsqu'il a approuvé la demande malgré le fait que l'annonce de la marque de commerce proposée était trompeuse ou prêtait à confusion—En ce qui concerne la question du caractère distinctif, le juge de première instance était saisi de nouveaux éléments de preuve importants et pertinents qui n'avaient pas été portés à l'attention du registraire—Étant donné que le caractère distinctif représente essentiellement une question de fait, le juge de première instance pouvait en arriver à sa propre conclusion sur cette question—En l'absence d'erreur manifeste et dominante touchant les conclusions de fait du juge de première instance, la Cour ne devrait pas intervenir—Aucune erreur de cette nature n'a été commise.

NOVOPHARM LTD. C. BAYER INC. (A-770-99, juge Strayer, J.C.A., jugement en date du 14-11-00, 6 p.)

## PRATIQUE

La défenderesse a demandé que soit prononcée une injonction provisoire contre Dole relativement à la contrefaçon que celle-ci ferait de la marque de commerce de Nabisco—L'action principale sollicite une déclaration reconnaissant que la demanderesse Dole Food Co. Inc. (Dole U.S.) est la propriétaire de la marque de commerce «Fruit Bowls» employée au Canada en liaison avec des produits alimentaires et une ordonnance prescrivant la radiation de la marque de commerce «Fruit Bowls» de Nabisco—La demanderesse Dole Canada est licenciée par Dole U.S. pour employer la marque de commerce «Fruit Bowls» au Canada—Cette marque est enregistrée aux États-Unis pour des fruits transformés emballés dans un contenant en plastique—Les demanderesse ne se sont pas opposées à la demande d'enregistrement au Canada de la marque déposée par Nabisco relativement à un emploi projeté en liaison avec des fruits transformés—Nabisco a déposé une demande reconventionnelle, demandant qu'il soit interdit aux demanderesse d'utiliser la marque de commerce au Canada et des dommages-intérêts pour la contrefaçon qui aurait été faite—La requête interlocutoire est rejetée—Bien que les deux

## MARQUES DE COMMERCE—Suite

parties aient affirmé qu'il convenait de procéder à un examen approfondi sur le fond (*N.W.L. Ltd. c. Woods*, [1979] 1 W.L.R. 1294 (H.L.)), il n'est pas nécessaire d'aller plus loin qu'une appréciation générale du fond de la présente affaire pour vérifier l'existence d'une question sérieuse à juger—Les revendications concurrentes d'une marque de commerce soulèvent une question sérieuse à juger—Pour ce qui est du préjudice irréparable, bien qu'il soit évident que la stratégie de commercialisation et la part du marché de Nabisco risquent de subir un préjudice éventuel si Dole est libre de poursuivre ses activités, Nabisco n'a pas prouvé que la perte qu'elle subira ne pourra être indemnisée: des intervenants aussi avertis du marché que les présentes parties au litige devraient, en matière de préjudice, être en mesure de fournir à la Cour des éléments de preuve fondés sur l'expérience tirée du passé ainsi qu'une analyse mathématique ou statistique des circonstances attestant que le préjudice ne peut être raisonnablement calculé: *Effem Foods Ltd. c. H.J. Heinz Co. of Canada* (1997), 75 C.P.R. (3d) 331 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

DOLE FOOD CO., INC. C. NABISCO LTD. (T-1161-00, juge Heneghan, ordonnance en date du 6-10-00, 12 p.)

## RADIATION

Appels de décisions rendues par l'agent d'audience principal au sujet de l'«emploi» d'une marque de commerce en liaison avec des marchandises déterminées dans le contexte de l'art. 45 de la Loi sur les marques de commerce—L'art. 45 permet au registraire des marques de commerce de radier une marque de commerce si son propriétaire enregistré ne fournit pas une preuve d'emploi au cours de la période visée—Cullman Ventures Inc. a invoqué l'art. 45 pour attaquer deux marques de commerce enregistrées appartenant à Quo Vadis International Ltd./Ltée (Quo Vadis), à savoir: a) la marque de commerce enregistrée LMC 258 685, «Le planning horizontal de votre année d'un seul coup d'œil», en liaison avec des «publications imprimées, notamment des agendas et des calendriers»; b) la marque de commerce enregistrée LMC 257 847, «Your Year's Horizontal Planning at a Single Glance», en liaison avec des agendas et des calendriers—Le dépôt d'un nouvel affidavit en appel donne lieu à l'application de la norme de contrôle judiciaire qui a été récemment exposée par la C.A.F. dans l'arrêt *Brasserie Molson c. John Labatt Ltée.*, [2000] 3 C.F. 145—Les marchandises auxquelles les deux marques de commerce se rapportent sont «des publications imprimées, à savoir des agendas et des calendriers»—L'agent d'audience principal a eu tort de décider de maintenir les deux enregistrements de Quo Vadis—Les éléments de preuve qui ont été présentés à l'agent d'audience principal et qui ont été versés au dossier de la Cour n'établissent pas l'emploi des marques de commerce enregistrées par leur propriétaire au sens des art. 2 et 4 de la Loi—Quo Vadis n'emploie pas les marques de commerce qui font l'objet du



**MARQUES DE COMMERCE—Suite**

présent appel dans le but de distinguer ses agendas—C'est la marque «Agenda Planning®» qu'elle a choisie pour ce faire—L'emploi des marques de commerce enregistrées sur une ou deux pages à l'intérieur de deux des cinq agendas de langue française et d'un des agendas de langue anglaise qui ont été produits ne suffit pas à déloger la marque «Agenda Planning®» comme marque distinctive et ce, en dépit du nouvel affidavit de Christian Froc—Cet affidavit est purement spéculatif pour ce qui est du comportement des consommateurs et ne démontre pas que la marque de commerce a été employée—Il ressort de la preuve que Quo Vadis n'a jamais employé seules ses deux marques de commerce qui font l'objet du présent appel, mais les a constamment employées en liaison avec une marque de commerce, en l'occurrence la marque «Diarizon®»—L'agent d'audience principal a statué que le mot «Diarizon®» et les marques de commerce enregistrées n'apparaissent pas en position si rapprochée qu'ils ne pouvaient pas être perçus comme des marques distinctes—L'agent d'audience principal s'est de toute évidence trompé dans son analyse—Il aurait dû appliquer le critère posé par le juge Pratte dans l'arrêt *Registraire des marques de commerce c. Compagnie Internationale pour l'Informatique CII Honeywell Bull*, [1985] 1 C.F. 396 (C.A.)—Les différences qui existent entre les deux marques de commerce ne sont pas à ce point minimes pour qu'un acheteur non averti conclue, selon toute probabilité, qu'elles identifient toutes deux, malgré leurs différences, des marchandises ayant la même origine, c'est-à-dire des marchandises provenant de Quo Vadis—Les appels sont accueillis—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 2 (mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 57; *idem*, ch. 44, art. 225, 236(1b)); 1994, ch. 47, art. 190), 4, 45 (mod. par L.C. 1993, ch. 44, art. 232; 1994, ch. 47, art. 200).

CULLMAN VENTURES, INC. C. QUO VADIS INTERNATIONAL LTÉE (T-1404-97, T-1406-97, juge Lemieux, ordonnance en date du 26-10-00, 24 p.)

Il s'agit de savoir si la marque de commerce déposée de Gesco Industries, Inc., «Stainshield», est employée en liaison avec des «services de traitement anti-taches applicables à des tapis et des moquettes» de la manière décrite dans son enregistrement—La registraire des marques de commerce a jugé que la marque de commerce «Stainshield» était employée en liaison avec des marchandises et non avec des services, comme le spécifie l'enregistrement—Conformément à l'art. 45(3) de la Loi sur les marques de commerce, elle a radié cette marque de commerce—Le juge de première instance a décidé que la preuve qui lui était présentée établissait l'emploi requis—Il a accueilli l'appel et ordonné la réinscription au registre de la marque de commerce—La registraire n'a pas excédé sa compétence en examinant si l'emploi décrit par Gesco se faisait en liaison avec des marchandises ou des services—L'art. 45 est certes une procédure sommaire, mais il exige que le registraire déter-

**MARQUES DE COMMERCE—Fin**

mine si une marque de commerce est utilisée en liaison avec des marchandises ou des services spécifiés dans l'enregistrement—La compétence du registraire aux termes de l'art. 45(3) ne se limite pas à établir l'existence d'une preuve d'emploi—La registraire a commis une erreur en concluant que la marque de commerce n'était pas employée en liaison avec des services—Les conclusions de la registraire renferment une décision juridique implicite, savoir qu'une marque de commerce employée en liaison avec des services appliqués à un produit avant qu'il soit vendu constitue une utilisation en liaison avec des marchandises et non une utilisation en liaison avec des services—Les motifs de la registraire indiquent que pour qu'une marque de commerce soit considérée comme étant employée en liaison avec des services, les services doivent être fournis directement au public et non à un produit avant d'être vendus au public—En rendant cette décision, la registraire a commis une erreur sur une question fondamentale d'interprétation législative dont l'importance dépasse les faits de l'espèce et à l'égard de laquelle la Cour a le droit d'intervenir—Chaque cas doit être tranché en fonction des faits qui lui sont propres—En l'espèce, la marque de commerce «Stainshield» est employée en liaison avec les services divulgués dans l'enregistrement de la marque de commerce—Le registraire a commis une erreur en radiant la marque de commerce «Stainshield» du registre—C'est à juste titre que le juge de première instance en a ordonné la réinscription au registre—L'appel est rejeté—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 45 (mod. L.C. 1993, ch. 44, art. 232; 1994, ch. 47, art. 200).

SIM & MCBURNEY C. GESCO INDUSTRIES INC. (A-866-97, juge Rothstein, J.C.A., jugement en date du 26-10-00, 8 p.)

**PÉNITENCIERS**

Demande de contrôle judiciaire d'une décision du Service correctionnel du Canada (SCC) confirmant la décision de placer le demandeur en isolement du 23 avril au 11 mai 1999 suite à une émeute avec d'importants bris de matériel le 22 avril 1999 dans l'établissement Port-Cartier—Le demandeur a été isolé pour le motif qu'il pouvait nuire à l'enquête sur l'émeute, étant, selon les informations recueillies par le SCC, un des instigateurs de celle-ci—Le défendeur soumet que puisque l'enquête est terminée et que le demandeur n'est plus isolé, le recours est théorique—Demande accueillie—L'équité procédurale exige qu'un détenu dans un cas d'isolement préventif soit suffisamment informé des allégations formulées à son sujet pour pouvoir y répondre—En l'espèce, le demandeur n'a reçu des autorités de l'établissement Port-Cartier aucun renseignement indiquant pourquoi on l'avait identifié comme l'un des instigateurs—L'absence d'information plaçait le demandeur dans l'impossibilité de s'opposer efficacement à la décision des autorités carcérales—Le défendeur n'a pas expliqué pourquoi le demandeur n'a reçu aucune information à ce

**PÉNITENCIERS—Fin**

sujet, ni n'a prétendu que l'information provenait de source confidentielle que l'on devait protéger—Application de la décision *Demaria c. Comité régional de classement des détenus*, [1987] 1 C.F. 74 (1<sup>re</sup> inst.): les autorités carcérales à Port-Cartier n'ont pas suivi les dispositions législatives ou réglementaires et ont violé le principe d'agir équitablement envers le demandeur en ne lui fournissant aucun renseignement pertinent concernant les allégations motivant son isolement préventif—Quant à l'allégation de caducité, le principe des conséquences accessoires justifie une décision sur le fond: *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *Zarzour c. Canada (Procureur général)*, [2000] A.C.F. 103 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)—En prévision d'une éventuelle demande de libération conditionnelle, il ne serait pas juste que le dossier du demandeur demeure dans l'état où il est présentement puisqu'il n'a pas eu l'occasion de contester le bien-fondé de la raison d'être de son isolement—En outre, une directive du commissaire et la loi exigent que les renseignements utilisés concernant les délinquants soient à jour, exacts et complets.

BLASS C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-151-00, juge Lemieux, ordonnance en date du 30-11-00, 12 p.)

**PEUPLES AUTOCHTONES****ÉLECTIONS**

Trois actions entendues ensemble sur la base d'un exposé conjoint des faits et des questions en litige—Les demandeurs recherchaient des jugements infirmant les décisions du chef et du conseil prises en février 1993 de tenir un second référendum, de tenir ce référendum sans faire référence aux conditions du Règlement sur les référendums des Indiens, d'aviser les autres membres d'ignorer les résultats de l'élection partielle tenue à Pelican Narrows et d'autoriser par résolution du conseil de bande l'adhésion à l'entente—La nation crie Peter Ballantyne a participé avec d'autres bandes indiennes aux discussions avec les fonctionnaires du gouvernement de la Saskatchewan et du gouvernement fédéral qui ont mené à l'adoption de la Saskatchewan Treaty Land Entitlement Framework Agreement—La bande Peter Ballantyne a tenu le 23 novembre 1992 un référendum afin d'autoriser le chef à adhérer à l'entente—Un deuxième référendum, qui s'est tenu le 23 février 1993, favorisait la signature de l'entente par le chef pour signifier l'adhésion de la bande—Première question: Quelle est la «coutume» de la bande de la nation crie Peter Ballantyne concernant les élections?—Deuxième question: L'élection locale du 24 février 1993 constitue-t-elle une élection partielle appropriée?—Troisième question: Le chef et le conseil peuvent-ils ignorer les résultats d'une élection partielle locale qui ne suit pas la «coutume» de la bande relativement à la procédure électorale?—Les deux premières questions, bien que les parties aient toutes deux convenu de les soumettre à l'examen de la Cour sont maintenant théoriques—Bien qu'il puisse y avoir un intérêt général à se prononcer

**PEUPLES AUTOCHTONES—Fin**

sur ces questions, la Cour estime qu'il n'y a pas de raison exceptionnelle d'exercer son pouvoir discrétionnaire de les entendre—Discuter de ces questions sans le bénéfice des arguments des demandeurs, étant donné que les questions n'ont aucune portée dans la réalité ne produirait que des opinions incidentes et ne serait d'aucune utilité—La Cour répond affirmativement à la troisième question—Le chef et le conseil de la nation pouvaient ignorer les résultats de l'élection partielle locale qui ne suivait pas la «coutume» applicable aux élections—En agissant ainsi, le chef et le conseil ont exercé leur responsabilité de maintenir la loi, qui est la coutume, là où elle est applicable—Le Règlement sur les référendums des Indiens prévoit la procédure à suivre pour la tenue de référendums convoqués en vertu des art. 38 et 39 de la Loi sur les Indiens—En l'absence d'un pouvoir législatif, réglementaire ou autre exigeant la tenue d'un référendum sur des questions autres que celles qui sont énoncées aux art. 38 et 39 de la Loi, le chef et le conseil ne sont pas tenus de suivre le Règlement s'ils cherchent à évaluer l'appui des électeurs de la bande exprimé par voie de référendum—L'entente ne prévoit pas de cession ou de désignation aux termes des art. 38 et 39 de la Loi sur les Indiens—Le Règlement sur les référendums des Indiens n'est pas obligatoire en l'espèce—Le chef et le conseil n'ont pas commis d'erreur en ne suivant pas le Règlement dans l'organisation et la tenue des référendums de novembre 1992 et de février 1993—Actions rejetées—Règlement sur les référendums des Indiens, C.R.C., ch. 957—Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985) ch. I-5, art. 38 (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 17, art. 2), 39 (mod. *idem*, art. 3).

NATION CRIE PETER BALLANTYNE C. NATION CRIE PETER BALLANTYNE (CONSEIL) (T-801-93, T-1006-93, T-1009-93, juge MacKay, jugements en date du 3-11-00, 25 p.)

**PRATIQUE****ACTES DE PROCÉDURE***Requête en radiation*

Requête en radiation de certaines parties de la déclaration dans une action en cours depuis près de dix ans portant sur de prétendus actes discriminatoires résultant de l'absence de pénitencier fédéral pour femmes en Colombie-Britannique—Les détenues de sexe féminin, y compris celles qui purgent de longues peines, incarcérées dans des prisons provinciales n'ont pas accès aux mêmes possibilités de s'instruire que les détenus de sexe masculin incarcérés dans les établissements fédéraux—En 1998, le juge des requêtes a rejeté la requête en radiation de la déclaration en entier, présentée par la Couronne et fondée sur la règle 221 des Règles de la Cour fédérale, pour absence de cause d'action, non-pertinence, contenu scandaleux, frivole et vexatoire, risque de retarder l'instance et abus de procédure—Dans son ordonnance, le

## PRATIQUE—Suite

juge des requêtes a dit que la requête en radiation fondée sur le caractère théorique de l'action était rejetée—Cette décision a été confirmée par la C.A.F.—Requête rejetée—La règle générale veut qu'une partie n'ait droit qu'à une occasion de contester les actes de procédure de la partie adverse, sauf circonstances exceptionnelles—Cette règle est fondée en partie sur le principe selon lequel un plaideur ne doit pas être contraint de répondre à une série continue de requêtes sur des questions semblables—De plus, elle comporte un aspect lié à l'économie des ressources judiciaires—Aucun changement appréciable de la situation; absence de circonstances exceptionnelles—Les dépens ont été adjugés en faveur de la demanderesse et étaient payables immédiatement—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 221.

HORII C. CANADA (T-1435-91, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 18-9-00, 8 p.)

Requête visant à annuler l'ordonnance par laquelle le protonotaire adjoint Giles a rejeté la demande des défendeurs en vue d'obtenir une ordonnance radiant certains alinéas de la déclaration—Les défendeurs font valoir qu'il ne convient pas qu'une tierce partie conteste l'art. 9 de la Loi sur les marques de commerce au moyen d'une action—La décision discrétionnaire du protonotaire doit être annulée lorsqu'elle est manifestement erronée, c'est-à-dire qu'elle est fondée sur un mauvais principe ou sur une mauvaise appréciation des faits, ou lorsqu'elle porte sur une question ayant une influence déterminante sur l'issue du principal, ce qui permet au juge des requêtes d'exercer son propre pouvoir discrétionnaire *de novo*—Il s'agit de savoir si la Cour devrait ignorer la décision discrétionnaire du protonotaire et réexaminer l'affaire ainsi que de savoir si certains alinéas de la déclaration devraient être radiés parce qu'ils ne révèlent aucune cause d'action—Dans la présente affaire, la décision n'était pas fondée sur un mauvais principe ou sur une mauvaise appréciation des faits, mais il se peut qu'elle porte sur une question ayant une influence déterminante sur l'issue du principal—En rejetant la requête et en refusant de radier les alinéas en question, le protonotaire a décidé que cette nouvelle action devrait procéder, parce qu'elle soulève d'épineuses questions—Notamment celles de savoir qui constitue une tierce partie, en quoi consiste une autorité publique et qui devrait avoir droit aux avantages découlant de l'art. 9—La décision du protonotaire adjoint Giles peut avoir une influence déterminante sur l'issue du litige en l'espèce—Ce qui est contesté, c'est la possibilité pour les défendeurs de bénéficier de la protection découlant de l'art. 9 de la Loi alors qu'ils ne respectent apparemment pas les critères définissant une autorité publique—Dans sa décision, le protonotaire adjoint a examiné des questions qui ont une influence déterminante sur l'issue du principal—L'appel interjeté à l'égard de la décision du protonotaire est rejeté—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 9 (mod. par L.C. 1990, ch. 14, art. 8; 1993, ch.

## PRATIQUE—Suite

15, art. 58; ch. 44, art. 226, 236(1)c,d); 1994, ch. 47, art. 191).

SULLIVAN ENTERTAINMENT INC. C. ANNE OF GREEN GABLES LICENSING AUTHORITY INC. (T-1634-99, juge Muldoon, ordonnance en date du 19-10-00, 14 p.)

## FRAIS ET DÉPENS

Le demandeur demande que la taxation des dépens soit révisée conformément à la règle 414 des Règles de la Cour fédérale (1998); la Couronne sollicite une ordonnance refusant les intérêts par ailleurs dus au demandeur relativement aux dépens taxés en faveur du demandeur dans les dossiers T-1677-79 et T-3488-82 ou une ordonnance limitant les intérêts dus au demandeur—Les appels qu'a interjetés le demandeur contre certaines cotisations fiscales dans les dossiers T-1677-79 et T-3488-82 ont été accueillis avec dépens le 31 août 1988—Le demandeur a également obtenu un jugement avec dépens dans le dossier T-2521-89 le 23 juillet 1996—La Couronne a eu gain de cause dans les dossiers T-2518-89 et T-2522-89 et les dépens lui ont été alloués—Après compensation des dépens conformément à la règle 408(2) des Règles de la Cour fédérale (1998), la somme de 1 079,66 \$ a été certifiée comme constituant une dette de la défenderesse envers le demandeur—L'officier taxateur a donné une interprétation large à la règle 408(2) (qui permet la compensation) compte tenu des principes généraux contenus à la règle 3 (interprétation des Règles de façon à permettre d'apporter une solution au litige qui soit juste et la plus expéditive et économique possible)—Il a conclu qu'il existe un certain fondement à l'inquiétude de la Couronne quant à l'absence de moyens réalistes de recouvrer les sommes en cause dans la juridiction s'il n'y a pas de compensation—L'officier taxateur a conclu qu'il n'avait pas compétence pour rendre une décision quant aux intérêts payables sur les dépens—Il a conclu que ni la règle 407 (les dépens partie-partie sont taxés en conformité avec le tarif B) ni la règle 409 (permet la prise en compte des facteurs visés à l'art. 400(3) lors de la taxation des dépens) ne lui confèrent une telle compétence—L'officier taxateur a pris en considération, en tant que facteur applicable dans la taxation des dépens, le retard du demandeur—1) Les art. 222.1 et 225.1 de la Loi de l'impôt sur le revenu interdisent-ils à la Couronne de recouvrer ses frais jusqu'à ce qu'il soit statué sur tous les appels?—Selon le demandeur, comme les appels étaient pendants, il n'y avait pas de condamnation aux dépens exécutoire—Une fois qu'une décision de première instance a été obtenue, l'art. 225.1(3) de la Loi de l'impôt sur le revenu n'empêche pas le recouvrement forcé si la décision est par la suite portée en appel—Il n'y a aucune erreur de principe dans l'exercice par l'officier taxateur de son pouvoir discrétionnaire, prévu à la règle 408(2), de permettre la compensation—2) L'officier taxateur a-t-il commis une erreur en ne taxant pas les intérêts payables sur les dépens alloués au demandeur?—En vertu de l'art. 31(6) de la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le conten-

## PRATIQUE—Suite

tieux administratif, aucun intérêt ne peut être accordé sur un jugement contre la Couronne pour une période antérieure au 1<sup>er</sup> février 1992—Avant cette date, l'art. 36 de la Loi sur la Cour fédérale interdisait d'accorder des intérêts sur des sommes que devait la Couronne en l'absence de contrat ou de disposition législative à cet effet—En l'absence d'une telle disposition législative, il n'y a aucun fondement justifiant l'octroi d'intérêts avant jugement sur les dépens découlant des jugements de 1988—Quant aux intérêts après jugement, l'art. 41 de la Loi sur la Cour fédérale prévoyait ceci: les jugements, y compris ceux contre la Couronne, portent intérêt, à compter de leur prononcé, au taux fixé par l'art. 3 de la Loi sur l'intérêt (5 p. cent par an)—La jurisprudence a établi que les intérêts sur les dépens accordés à la suite d'une condamnation aux dépens couraient à partir du jour du jugement et non du jour de la taxation—En ce qui concerne les intérêts sur les dépens accordés dans le jugement de 1996, en particulier les intérêts avant jugement, l'art. 31(1) de la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif est applicable—En vertu de l'art. 31(1), les règles de droit en matière d'intérêts avant jugement qui, dans une province, régissent les rapports entre particuliers s'appliquent à toute instance visant l'État—Comme la cause d'action est née en Ontario, la Loi sur les tribunaux judiciaires est applicable—En vertu de l'art. 128(4)c) de cette Loi, il n'est pas accordé d'intérêts avant jugement sur les dépens depuis le 25 novembre 1977—Quant aux intérêts après jugement, l'art. 129(1) de la Loi sur les tribunaux judiciaires prévoit que la somme d'argent due aux termes d'une ordonnance délivrée le ou après le 1<sup>er</sup> janvier 1985 porte intérêt au taux d'intérêt postérieur au jugement, à compter de la date de l'ordonnance—L'art. 129-(1) s'applique aux causes d'action nées après le 23 octobre 1989—Il n'est pas clair que la cause d'action dans le jugement de 1996 est née après le 23 octobre 1989 parce que ce jugement se rapportait à la nouvelle cotisation d'impôt sur le revenu du demandeur pour l'année d'imposition 1978 et découlait d'un avis de nouvelle cotisation délivré le 1<sup>er</sup> février 1989—Avant le 23 octobre 1989, l'art. 140 de la Loi sur les tribunaux judiciaires de 1984 prévoyait que le tribunal pouvait, s'il l'estimait juste, refuser des intérêts, accorder des intérêts à un taux supérieur ou inférieur à celui prévu ou accorder des intérêts pour une période différente de celle prévue—En conséquence, le demandeur n'a pas droit à des intérêts avant jugement sur ses dépens, mais il a droit à des intérêts après jugement sous réserve de l'exercice par la Cour de son pouvoir discrétionnaire en vertu de l'art. 140; l'exercice de ce pouvoir est régi par la jurisprudence de la Cour fédérale ou par celle des tribunaux de l'Ontario, selon que le jugement a été rendu avant le 1<sup>er</sup> février 1992 ou par la suite—Dans l'arrêt *Ministre du Revenu national c. Bethlehem Copper Corp. Ltd.*, [1977] 1 C.F. 577 (C.A.), la Cour a conclu que les intérêts sur les dépens taxés au moment voulu en application d'un jugement doivent courir du jour où il a été prononcé, sous réserve d'une ordonnance contraire—Dans les présentes

## PRATIQUE—Suite

affaires, aucune ordonnance contraire n'a été rendue—Le demandeur a donc droit à des intérêts sur les jugements de 1988 au taux de 5 p. cent par an, prescrit par l'art. 3 de la Loi sur l'intérêt—En ce qui a trait au jugement de 1996, le demandeur a, conformément à l'art. 129 de la Loi sur les tribunaux judiciaires, droit à des intérêts sur ce jugement à compter de la date où il a été rendu, au taux d'intérêt postérieur au jugement, établi à 6 p. cent dans la Loi sur les tribunaux judiciaires—L'officier taxateur a commis une erreur de principe en fondant le fait qu'il n'a pas taxé les intérêts sur les dépens sur les règles 407 et 409—Le droit à des intérêts dépend du libellé de la loi applicable et de l'ordonnance du juge président ou du protonotaire—Les Règles n'autorisent pas l'officier taxateur à accorder ou à refuser des intérêts—3) L'officier taxateur a-t-il commis une erreur en omettant d'examiner correctement les facteurs énoncés à la règle 400?—Le tarif B représente un compromis entre l'indemnisation de la partie qui a gain de cause par l'allocation des dépens et la non-imposition d'une charge excessive à la partie qui succombe—Ce n'est que dans les cas exceptionnels que la Cour peut s'écarter du tarif B—Lorsqu'il taxe les dépens, l'officier taxateur jouit du pouvoir discrétionnaire de tenir compte des facteurs mentionnés à la règle 400(3)—Compte tenu de ce pouvoir discrétionnaire, des faits de l'espèce et de la longue période qui s'est écoulée avant que la taxation des dépens ne soit réclamée, il n'y a aucune erreur de principe relativement aux taxations—4) Les intérêts payables devraient-ils être réduits en raison de la période qui s'est écoulée avant que le demandeur ne fasse taxer ses dépens?—Compte tenu de la réduction du montant des dépens en raison du retard, il n'est pas juste de réduire les intérêts auxquels aurait par ailleurs droit le demandeur—L'allocation d'intérêts vise à assurer que le niveau de l'indemnité issu d'une adjudication des dépens ne s'érode pas avec le passage du temps—La Couronne a pu utiliser la somme qu'elle aurait par ailleurs dû payer au demandeur relativement aux dépens—Elle ne devrait pas être avantagée en n'étant pas obligée en temps normal de payer des intérêts sur les dépens alloués—Sans l'omission de l'officier taxateur d'inclure le droit prévu par la loi à des intérêts après jugement dans le certificat de taxation, il n'y a aucun fondement justifiant l'annulation de la taxation des dépens—La requête de la Couronne visant à obtenir une ordonnance refusant les intérêts dus au demandeur est rejetée—La Couronne a droit à des intérêts après jugement—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 3, 400, 407, 408(2), 409—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 221.1 (édité par L.C. 1994, ch. 7, ann. II, art. 183), 225.1 (mod., *idem*, art. 184; L.C. 1994, ch. 7, ann. VIII; ch. 21, art. 103; 1998, ch. 19, art. 225)—Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. (1985), ch. C-50, art. 31(6) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 31)—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 36, 41—Loi sur l'intérêt, L.R.C. (1985), ch. I-15, art. 3—Loi sur les tribu-

## PRATIQUE—Suite

naux judiciaires, L.R.O. 1990, ch. 43, art. 128, 129, 140 (mod. par L.O. 1989, ch. 67, art. 8).

WILSON C. CANADA (T-1677-79, T-3488-82, T-2518-89, T-2521-89, T-2522-89, juge Dawson, ordonnance en date du 27-10-00, 22 p.)

Requête présentée par Olymel en vue d'obtenir plusieurs ordonnances au sujet des dépens que la Cour lui a adjugés dans le cadre des deux appels qu'elle a contestés et que l'Association olympique canadienne (AOC) a interjetés en vertu de l'art. 56 de la Loi sur les marques de commerce pour contester des décisions par lesquelles le registraire des marques de commerce avait fait droit à deux demandes d'enregistrement de marques de commerce présentées par Olymel—Olymel sollicite notamment le double de ses dépens partie-partie à compter de la date de son offre de règlement des appels, en vertu de la règle 420 des Règles de la Cour fédérale (1998) et des directives enjoignant à l'officier taxateur de taxer les dépens selon le tarif B en accordant le nombre maximum d'unités prévues à la colonne IV—La règle 420(2) dispose que, sauf ordonnance contraire de la Cour, lorsque le défendeur présente par écrit une offre de règlement qui n'est pas révoquée et que le demandeur n'obtient pas gain de cause, le défendeur a droit aux dépens partie-partie jusqu'à la date de la signification de l'offre et au double de ces dépens par la suite—Le 29 septembre 1997, l'avocat d'Olymel a écrit à l'AOC pour confirmer l'offre de règlement des deux appels à la condition que l'appelante se désiste des deux appels en acceptant que soient confirmées les deux décisions par lesquelles le Tribunal des oppositions avaient rejetées les oppositions—Offre valable jusqu'à l'audition—Les arrêts *Data General (Canada) Ltd. v. Molnar Systems Group Inc.* (1991), 6 O.R. (3d) 409 (C.A.); et *Walker Estate v. York Finch General Hospital*, (1999), 169 D.L.R. (4th) 689 (C.A. Ont.) appuient le principe que, sous le régime des règles ontariennes, l'élément de compromis ne constitue pas un trait essentiel de l'offre de règlement, mais que son absence peut être un facteur pertinent dont le tribunal peut tenir compte pour rendre une ordonnance contraire en vertu des mots «sauf ordonnance contraire du tribunal» que l'on trouve à la règle 49 des Règles de l'Ontarien, qui est quelque peu analogue à la règle 420 des Règles de la Cour fédérale—Dans le jugement *Apotex Inc. c. Syntex Pharmaceuticals International Ltd.* (1999) 2 C.P.R. (4th) 368 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), M<sup>me</sup> le juge Reed ne s'est pas expressément prononcée sur la question de savoir si un élément de compromis constitue un élément essentiel de toute offre de règlement, mais il semble qu'elle ait tenu pour acquis que c'était effectivement le cas—Pour la présente adjudication des dépens, qui ne se présente pas dans le cadre d'une action, mais dans le contexte de l'appel d'une décision par laquelle le registraire des marques de commerce a permis à Olymel d'enregistrer deux marques de commerce, l'élément de compromis

## PRATIQUE—Suite

constitue un élément essentiel de l'offre de règlement—D'autres considérations peuvent entrer en ligne de compte lors de l'examen d'une offre de règlement portant sur des dommages-intérêts liquidés ou non liquidés dans une action—Ainsi que la Cour l'a souligné dans le jugement *Data General*, l'offre de règlement a pour objet d'inciter les parties à mettre fin au litige en concluant une entente, ce qui est plus rapide et moins coûteux qu'un jugement rendu par le tribunal à l'issue du procès—Cette incitation à transiger constitue un mécanisme qui permet au demandeur de faire une offre sérieuse au sujet de son estimation de la valeur de la demande, obligeant ainsi le défendeur à procéder dès le début à un examen attentif du fond de l'affaire—L'offre d'Olymel ne contient aucun élément de compromis, mais constitue plutôt une invitation faite à l'AOC de se désister d'un appel défendable—L'offre d'Olymel ne favorise pas les objectifs de la règle 420—Faute d'élément de compromis, une offre de règlement pourrait devenir un mécanisme très facile permettant au défendeur d'obtenir le double des dépens, ce qui ne saurait être ce que visent les Règles—La règle 420 ne s'applique que lorsque l'offre de règlement n'a pas été retirée—L'offre de règlement d'Olymel a expiré lorsque la Cour a entendu les appels—Les mots «sauf ordonnance contraire de la Cour» confèrent à la Cour le pouvoir discrétionnaire d'adjuger moins que le double des dépens partie-partie à compter de la date de la signification de l'offre—Dans ces conditions, Olymel n'a pas droit au double de ses dépens à compter de la date de son offre de règlement—La règle 407 des Règles prévoit que, sauf ordonnance contraire de la Cour, les dépens partie-partie sont taxés en conformité avec la colonne III du tarif B—Les dépens prévus à la colonne III visent les affaires de complexité moyenne impliquant une charge de travail moyenne—La cause de l'AOC n'est pas faible, puisque la Cour a conclu que le registraire a commis une erreur de droit—L'offre de règlement d'Olymel n'a pas été faite de bonne foi, étant donné qu'elle ne renferme aucun élément de compromis—La charge de travail ne constitue pas un facteur dont le taxateur peut légitimement tenir compte pour établir l'échelle permettant de calculer le nombre d'unités—Loi sur les marques de commerce L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 56—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 407, 420—Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Reg. 194, règle 49.

ASSOC. OLYMPIQUE CANADIENNE C. OLYMEL, SOCIÉTÉ EN COMMANDITE (T-1564-97, T-1565-97, juge Lemieux, ordonnance en date du 19-10-00, 8 p.)

Sur la base avocat-client—Action intentée contre les défendeurs Kozy-Korner's et la défenderesse Copa-Habana, ayant fait l'objet d'un désistement de la part des demanderesse—Les demanderesse sont des fabricants et/ou distributeurs d'authentiques cigares cubains—La défenderesse/demanderesse reconventionnelle Kozy-Korner's exploite

**PRATIQUE—Suite**

un commerce d'alimentation au détail du type dépanneur où la vente des cigares représente une faible partie de son chiffre d'affaires—La défenderesse/demanderesse reconventionnelle Copa-Habana distribue des cigares au détail et en gros—Elle est également le consignateur de cigares pour les défendeurs Kozy-Korner's—Les demanderesses avaient obtenu une ordonnance Anton Piller assortie d'un engagement en matière de dommages-intérêts—Des cigares de contrefaçon ou non acquittés ont été saisis dans plusieurs commerces au titre de l'ordonnance—Selon la règle 402 des Règles de la Cour fédérale (1998), dans une action qui fait l'objet d'un désistement, la partie contre laquelle l'action a été intentée a droit aux dépens sans délai—À l'audience, Kozy-Korner's et Copa-Habana ont fait valoir qu'ils ne cherchaient pas à pénaliser les demanderesses pour leur désistement dans la poursuite engagée contre eux, mais plutôt à définir des dépens supérieurs au tarif normal comme dommages-intérêts payables au titre de l'engagement des demanderesses en matière de dommages-intérêts souscrit dans l'ordonnance Anton Piller rendue en leur faveur—Si on applique les principes de l'affaire *Church of Jesus Christ of Latter Day Saints v. King*, (1998) 41 O.R. (3d) (C.A.), l'attribution des dépens sur la base avocat-client, à titre de dommages-intérêts, n'est pas justifiée—L'engagement en matière de dommages-intérêts n'est pas applicable à la défenderesse Copa-Habana, car l'ordonnance Anton Piller ne lui a pas été signifiée et aucune injonction n'a donc été obtenue contre elle—Les allégations faites à l'encontre des défendeurs Kozy Korner's ne parlent pas de fraude mais sont néanmoins graves—Sur la base de la preuve, elles n'étaient pas sans fondement et la Cour ne peut conclure que leur effet ou la mesure de redressement interlocutoire ont causé un préjudice important aux défendeurs Kozy Korner's—Les allégations contenues dans la déclaration ont difficilement pu être cruciales pour le renom du dépanneur ou de son propriétaire—Le préjudice qu'ont pu subir ici les défendeurs Kozy Korner's ne résulterait pas d'une exécution non autorisée de l'ordonnance ni d'une annulation de l'ordonnance, puisqu'il n'y pas eu annulation—Selon l'affaire *King*, il ne s'agit pas d'un cas où des dépens avocat-client doivent être adjugés à titre de dommages-intérêts visés par un engagement en matière de dommages-intérêts—La règle 402 des *Règles de la Cour fédérale* doit s'appliquer normalement—Par conséquent, les défendeurs Kozy Korner's et la défenderesse Copa-Habana ont droit aux dépens attribués au tarif normal—S'agissant de savoir si on peut raisonnablement fixer les dépens en fonction des dépenses réelles, le meilleur parti à prendre est d'adjuger les dépens aux défendeurs Kozy Korner's et à la défenderesse Copa-Habana exclusivement sur la base de ce qui peut être tiré des pièces justificatives auprès de la Cour en rapport avec le tarif—Les dépens sont fixés sous forme de somme globale plutôt que de renvoyer la question des dépens à la taxation—À l'examen des propositions des deux parties, celles des défendeurs sont jugées plus réalistes—Chacune

**PRATIQUE—Suite**

des parties supporte ses propres dépens dans la présente requête—Règles de la Cour fédérale, DORS/98-106, règle 402.

HAVANA HOUSE CIGAR & TOBACCO MERCHANTS LTD.  
C. PERSONNES INCONNUES (T-2521-97, juge Gibson,  
ordonnance en date du 9-11-00, 18 p.)

**GESTION DES INSTANCES**

La défenderesse demande une ordonnance portant que l'instance doit être gérée à titre d'instance à gestion spéciale, en raison de l'accroissement des frais et des délais de présentation des requêtes découlant du fait que les avocats au dossier se trouvent à Vancouver et à Toronto—La défenderesse cherche par ce moyen à obtenir le droit de plaider les requêtes par téléconférence—La demanderesse s'oppose à la requête et allègue qu'il doit y avoir une raison spéciale d'exiger que l'instance soit gérée à titre d'instance à gestion spéciale—Requête rejetée—Aucun élément n'indique pourquoi un juge ou un protonotaire responsable de la gestion spéciale d'une instance serait plus en mesure ou serait davantage tenu de proroger un délai qu'un juge ou protonotaire n'ayant pas cette responsabilité, si la demande est présentée en bonne et due forme—Il n'y a pas abandon automatique des délais fixés par les Règles—Selon la règle 385, un juge ou protonotaire responsable de la gestion d'une instance peut fixer les délais applicables aux mesures à entreprendre subséquentement dans l'instance—De la même façon, il ne serait pas nécessairement plus facile pour un juge ou un protonotaire responsable de la gestion d'une instance d'entendre une requête par conférence téléphonique—Aucune partie n'a le droit d'exiger une audience de cette nature—En tout état de cause, il semble plus facile d'organiser des audiences par conférence aujourd'hui que ce n'était le cas en 1991 et, même à cette époque, la distance était considérée comme un facteur à prendre en compte au moment d'invoquer une raison spéciale justifiant une audience par conférence téléphonique—Il n'y a aucune raison d'ordonner que la présente instance soit gérée à titre d'instance à gestion spéciale—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 385.

DANICA IMPORTS LTD. C. STOR-TEX IMPORTERS LTD.  
(T-895-00, protonotaire adjoint Giles, ordonnance en  
date du 10-11-00, 3 p.)

Appel d'une décision du juge des requêtes qui a rejeté l'action du demandeur (appelant) pour cause de retard—L'appelant a invoqué, comme premier moyen, le fait que le juge n'a pas exercé son pouvoir discrétionnaire de façon judiciaire en n'appliquant pas le test établi dans *Baroud c. Canada* (1998), 160 F.T.R. 91 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)—Le premier moyen soulevé par l'appelant est décisif—Le juge des requêtes se devait de passer à la seconde étape et d'exami-

## PRATIQUE—Suite

ner le plan d'action proposé par l'appelant pour vérifier si ce plan confirmait son intention de poursuivre l'action, ce qu'elle n'a pas fait—Le plan d'action proposé par l'appelant répondait au critère suggéré par le juge Hugessen—Appel accueilli.

HÉBERT C. CANADA (A-138-99, juge Décary, J.C.A., jugement en date du 17-10-00, 5 p.)

## COMMUNICATIONS PRIVILÉGIÉES

Requête en vue de la production de documents en la possession de la défenderesse à l'égard desquels cette dernière invoque le privilège fondé sur la confidentialité—Les documents demandés résultaient de l'auto-identification volontaire des personnes faisant partie des minorités visibles qui travaillaient pour l'ACDI, où le demandeur travaillait également—L'action en soi était une demande en vue de l'obtention d'un redressement fondé sur la Charte dans le cas d'une allégation de discrimination, tant personnelle que systémique—Entre l'année 1985 et l'année 1996, les données étaient recueillies conformément à la politique gouvernementale d'équité en matière d'emploi—Un privilège est invoqué pour cette période en vertu de la common law ainsi que de l'art. 37 de la Loi sur la preuve au Canada—L'appréciation des différents intérêts, c'est-à-dire ceux qui militent en faveur de la divulgation et ceux qui militent en faveur du maintien de la confidentialité, est semblable à celle qu'exige l'art. 37—La Cour ne possède pas le pouvoir discrétionnaire de déroger à la déclaration faite par le législateur à l'art. 9(3) de la Loi sur l'équité en matière d'emploi au sujet de la nature confidentielle des renseignements fournis—L'auto-identification volontaire est essentielle au bon fonctionnement de l'équité en matière d'emploi—Révéler l'identité d'une personne en violation de la garantie de confidentialité constituerait un abus de confiance—À moins que l'art. 9(3) ne porte en soi atteinte à la Charte, il doit s'appliquer aux demandes fondées sur la Charte comme à toutes les autres demandes—Le gouvernement ne devrait pour ni l'une ni l'autre des périodes en question divulguer les documents dans la forme où ils existent à l'heure actuelle—Les renseignements recueillis par le gouvernement à l'égard de l'équité en matière d'emploi sont des renseignements pertinents aux fins de l'action du demandeur et ils peuvent donc être divulgués—Les renseignements en question sont protégés et ils sont confidentiels—Les documents concernant l'auto-identification volontaire en la possession de la Couronne sont privilégiés et confidentiels et ne doivent être divulgués que conformément aux dispositions de la présente ordonnance, ou conformément à toute ordonnance subséquemment rendue—Demande rejetée—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C., (1985), appendice II, n° 44]—Loi sur la

## PRATIQUE—Suite

preuve au Canada, L.R.C., (1985), ch. C-5, art. 37—Loi sur l'équité en matière d'emploi, L.C. 1995, ch. 44, art. 9(3).

PERERA C. CANADA (T-608-92, juge Hugessen, ordonnance en date du 20-10-00, 10 p.).

## RES JUDICATA

Action en responsabilité délictuelle pour délits civils commis par les préposés de la défenderesse, réclamant des dommages-intérêts pour préjudices moraux, suite aux événements entourant la fin de son emploi dans la fonction publique—Emploi de trois mois prolongé de deux mois et demi—Le demandeur a été suspendu de ses fonctions avant la fin de l'emploi—Le demandeur allègue notamment que son moniteur a abusé de son pouvoir à son égard, a gravement porté atteinte à sa réputation en l'accusant de terrorisme et en le faisant expulser du lieu de travail avec menaces d'arrestation—En septembre 1998, le juge Denault ((1998), 160 F.T.R. 102) rejetait la requête en contestation et en radiation de l'action pour incompétence *ratione materiae*—Il a conclu que dans son état actuel, le dossier ne révélait pas que le demandeur était fonctionnaire au sens de la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, et qu'il ne pouvait avoir recours à la procédure de grief—Action rejetée—La preuve établit que le demandeur était fonctionnaire au sens de la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique à l'époque des incidents relatés—De ce fait, il pouvait bénéficier de la procédure de grief, ce qui a pour effet de priver la Cour de sa compétence *ratione materiae*—Le jugement du juge Denault ne peut bénéficier de l'autorité de la chose jugée puisque, d'une part, la Cour peut se prononcer sur sa compétence en tout état de cause et, d'autre part, parce que le juge Denault ne s'est pas prononcé de façon définitive sur la question (voir *Barmash c. C.E.C.M.*, [1977] C.P. 107)—Les éléments de preuve dont disposait le juge Denault au moment de la requête ne devaient pas être concluants sur la question—La preuve révèle qu'il n'y a pas eu d'interruption d'emploi—Puisque la durée du contrat a été plus longue que trois mois, en raison de sa prolongation, le demandeur était fonctionnaire au sens de la Loi, ce qui avait pour effet de l'assujettir à la convention collective applicable à son groupe—Le demandeur avait effectivement payé une cotisation syndicale, et a eu recours à son représentant syndical pour discuter de ses problèmes—Le grief était donc le seul recours ouvert au demandeur puisque sa réclamation porte sur ses conditions d'emploi, plus particulièrement sur les actes de son employeur concernant ses conditions d'emploi—Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-35.

GAHAM C. CANADA (T-1423-98, juge Tremblay-Lamer, ordonnance en date du 10-11-00, 12 p.)

**PRATIQUE—Fin****SUSPENSION D'INSTANCE**

Requête en suspension de la décision du ministre de la Santé radiant le brevet canadien 1,198,436 du registre tant que la demande de contrôle judiciaire ne sera pas tranchée—Le critère permettant de décider de l'opportunité d'accorder une suspension de l'instance est analogue à celui applicable en matière d'injonction interlocutoire—Le critère préliminaire servant à déterminer s'il existe une question sérieuse à juger est peu strict—Compte tenu des faits dont la Cour était saisie et de la délivrance initiale d'un avis de conformité par le ministre de la Santé à la demanderesse, il existait une question sérieuse à juger—Les exigences du deuxième volet du critère, soit celui du préjudice irréparable, étaient également remplies—La question soumise à la Cour ne visait pas l'obtention d'un droit non prévu par le régime réglementaire—La présente affaire ne relève pas du droit privé, mais du droit public—Il était donc inutile de procéder à l'évaluation du montant des dommages-intérêts—Le préjudice irréparable doit être examiné en fonction de sa nature propre—Le brevet figurait actuellement sur le registre—Refuser la suspension équivaldrait à priver la demanderesse du bénéfice d'ordre procédural qu'offre le régime réglementaire prévu par le législateur—Aucun élément de preuve reposant sur des faits ne permettait de conclure que le titulaire du brevet demandait davantage que le bénéfice d'ordre procédural accordé par le régime réglementaire—Le brevet 436 figurait déjà sur le registre—Le ministre a consenti à maintenir le statu quo tant que la question de la mesure de redressement provisoire ne serait pas tranchée—Prépondérance des inconvénients favorisant la demanderesse—Demanderesse déterminée à agir rapidement puisqu'elle était en communication constante avec le défendeur, le ministre de la Santé—Requête accueillie.

BRISTOL-MYERS SQUIBB CANADA INC. C. CANADA  
(PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1768-00, juge Blanchard,  
ordonnance en date du 16-11-00, 9 p.)

**PREUVE**

Demande fondée sur l'art. 37 de la Loi sur la preuve au Canada sollicitant une ordonnance de rejet d'une opposition à la divulgation de certains documents faite par le gouvernement des Territoires du Nord-Ouest (le GTN-O) pour des motifs de privilège de l'exécutif; demande de contrôle judiciaire du GTN-O contre la décision du tribunal lui ordonnant de produire les copies des documents pour lesquels il a revendiqué le privilège de l'exécutif (l'immunité d'intérêt public)—Demandes découlant de procédures d'un tribunal canadien des droits de la personne portant sur une plainte déposée contre le GTN-O par l'Alliance de la fonction publique du Canada (l'AFPC) qui alléguait que le gouvernement, en tant qu'employeur, faisait de la discrimination dans la classification et la rémunération des groupes à prédominance féminine comparativement aux groupes à

**PREUVE—Suite**

prédominance masculine contrairement aux art. 7, 10 et 11 de la Loi canadienne sur les droits de la personne—demande relative à l'opposition faite par le GTN-O pour des raisons d'intérêt public contre la divulgation des renseignements contenus dans les documents en question accueillie en grande partie, de sorte que ces documents doivent être produits au tribunal à l'exception des parties visées par l'ordonnance; demande de contrôle judiciaire accueillie—1) Les coûts ne peuvent pas constituer à eux seuls un motif permettant de déterminer si la question est d'intérêt public au point où l'immunité contre la divulgation doit s'appliquer—Procédure à deux étapes permettant de déterminer si les renseignements doivent être divulgués en vertu de l'art. 37 de la LPC: la première porte sur la question de savoir si la Cour doit examiner les documents prétendus privilégiés en vertu de l'immunité d'intérêt public; dans l'affirmative, la deuxième consiste en l'examen des renseignements prétendus privilégiés et en l'audition d'autres arguments, qui portent sur la pondération des intérêts publics en jeu—Le GTN-O ne s'est pas opposé à l'examen des documents par la Cour—La preuve par affidavits n'a pas convaincu la Cour que la revendication d'immunité d'intérêt public pouvait être acceptée sans examen des documents—Les affidavits décrivent le GTN-O et ses opérations comme s'apparentant aux gouvernements provinciaux et à leurs opérations—Ils ne précisent pas les intérêts publics en jeu, ne faisant état que de l'apparence de l'importance de la non-divulgation relativement aux questions de politique de gestion du personnel, de négociation collective, de classification des emplois, des taux de rémunération et de parité salariale à la lumière de l'enquête en cours sur la plainte de l'AFPC et des rondes successives de négociation collective depuis le dépôt de la plainte—Ils décrivent les documents de façon générique—L'intérêt public général relatif à la préservation de la confidentialité de documents en vue du fonctionnement efficace du Cabinet ne l'emporte pas, sans autre intérêt public mentionné, sur l'intérêt public relatif à l'administration de la justice, qui est en cause en l'espèce dans l'enquête du tribunal relativement à une plainte majeure de traitement discriminatoire illicite de certains employés—Dans *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637, le juge La Forest a affirmé que les documents du Cabinet doivent être divulgués à moins que cela ne porte atteinte à l'intérêt public, que la Cour doit agir avec prudence étant donné le palier du processus décisionnel dont il s'agit, la nature de la politique en question, la teneur précise des documents et le moment de leur divulgation, et que cette détermination doit être soupesée par rapport à l'importance qu'il y a à produire les documents dans l'intérêt de l'administration de la justice—L'art. 37 porte sur les renseignements gouvernementaux—Les documents désignés pertinents par le GTN-O doivent être divulgués sauf lorsque les renseignements qu'ils contiennent sont privilégiés en vertu d'un intérêt public mentionné autre que l'intérêt public relatif à la préservation de la confidentialité des documents du Cabinet—Dans le cadre de la pondération des intérêts publics, l'intérêt public



**PREUVE—Suite**

invoqué par le GTN-O réside dans la négociation collective avec les syndicats des employés du secteur public et dans les questions liées touchant les intérêts des employés, comme les systèmes de classification des emplois—Bien qu'il soit nécessaire d'exonérer de divulgation la stratégie et la planification relatives aux éléments ayant normalement trait à la négociation collective, l'immunité d'intérêt public visant ces renseignements ne s'étend pas au-delà de la conclusion d'une convention collective à moins que les renseignements ne portent sur une question litigieuse non résolue susceptible de faire l'objet de négociations ultérieures—À moins que les renseignements généraux concernant la négociation collective ou les systèmes de classification des emplois ne semblent porter sur des questions précises quant à une négociation en cours ou à venir ou qu'ils ne semblent contenir des admissions défavorables à l'intérêt en jeu devant le tribunal, l'intérêt public relatif à ces renseignements ne peut pas l'emporter sur l'importance d'une procédure transparente et équitable dans l'examen de la plainte de l'AFPC devant le tribunal—Il est ordonné au tribunal d'examiner les revendications de privilège relatives aux documents en cause, à l'exception de la revendication d'immunité d'intérêt public—Généralement, lorsque des documents sont produits relativement à un litige, il y a un engagement implicite de la part des avocats de ne les utiliser que dans le cadre du litige pour les fins auxquelles ils sont produits—2) En règle générale, les décisions qui sont rendues dans le cours d'une instance devant un tribunal ne devraient pas être contestées tant que l'instance engagée devant le tribunal n'a pas été menée à terme: *Citron c. Zundel*, [2000] 4 C.F. 225 (1<sup>re</sup> inst.)—L'art. 37 de la LPC prévoit expressément un processus d'examen des oppositions à la divulgation de renseignements gouvernementaux fédéraux pour des raisons d'intérêt public—L'opposition du GTN-O à la divulgation des documents est expressément visée par l'art. 37 et la procédure applicable à cette opposition est établie dans l'art. 37(2) et (3)—L'AFPC et la CCDP prétendent que les modifications apportées en 1998 à la Loi canadienne sur les droits de la personne, en particulier l'art. 50, autorisent un tribunal à agir comme une cour supérieure et à statuer sur les oppositions aux termes de l'art. 37—Le pouvoir du tribunal en matière d'administration de la preuve ainsi que son pouvoir d'ordonner la production de documents, qui sont prévus à l'art. 50, font simplement en sorte que le tribunal soit considéré, aux fins de l'art. 37(3), comme un organisme investi du pouvoir de contraindre à la production de renseignements en vertu d'une loi fédérale—Même si ces modifications précisent le rôle d'un tribunal lorsqu'il examine des questions de preuve et qu'elles ont été adoptées après l'art. 37 de la LPC, cet article porte expressément sur les oppositions à la divulgation de renseignements gouvernementaux et restreint le rôle d'un tribunal fédéral lorsqu'il examine des oppositions à la divulgation de renseignements gouvernementaux fédéraux—Dans le cas des oppositions à la divulgation de renseignements de la part du

**PREUVE—Fin**

gouvernement fédéral ou de ses organismes, y compris le GTN-O, les dispositions générales de la Loi sur les droits de la personne ne créent aucune exception à l'application des art. 37 à 39—Lorsque le GTN-O soulève une opposition, le tribunal doit laisser à la Cour le soin de déterminer si l'opposition fondée sur des raisons d'immunité d'intérêt public doit être accueillie—Cette interprétation est conforme à l'application de l'art. 58 de la Loi canadienne sur les droits de la personne, qui autorise la CCDP à demander à la Cour qu'elle statue sur une opposition à la divulgation de renseignements gouvernementaux lorsqu'un enquêteur ou un membre instructeur du tribunal sollicite la divulgation de renseignements et essuie un refus—La demande de contrôle judiciaire de la décision du tribunal relative aux oppositions du GTN-O à la divulgation n'est pas prématurée—Demande accueillie quant au fond—Le tribunal a commis une erreur de droit en concluant qu'il avait le pouvoir de statuer sur les oppositions à la divulgation de renseignements gouvernementaux pour des raisons d'immunité d'intérêt public lorsque celles-ci étaient formulées par le gouvernement fédéral—Une opposition de cette nature doit être traitée conformément aux art. 37 à 39—Loi canadienne sur les droits de la personne, art. 7, 10 (mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 13), art. 11, 50 (mod., *idem*, art. 27), 58 (mod., *idem*, art. 30)—Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 37.

CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) C. TERRITOIRES DU NORD-OUEST (T-1571-00, T-923-00, juge MacKay, ordonnance en date du 11-10-00, 22 p.)

**RELATIONS DU TRAVAIL**

Contrôle judiciaire à l'égard de la décision par laquelle le Tribunal canadien des relations professionnelles artistes-producteurs a accrédité la Writers' Union of Canada à titre d'association d'artistes conformément à l'art. 25 de la Loi sur le statut de l'artiste—Selon la Loi, la compétence du Tribunal se limitait à décider si le secteur de négociation proposé par l'Association convenait—Le demandeur allègue que le Tribunal a outrepassé sa compétence en déclarant que le secteur de négociation proposé convenait d'une manière qui autorise l'Association à négocier à l'égard d'œuvres préexistantes—Aucun élément de l'ordonnance d'accréditation n'indique la portée des négociations proprement dites ou ne permet de dire si les œuvres préexistantes peuvent être visées ou non, bien que le Tribunal ait fait allusion aux droits préexistants dans ses motifs—Le Tribunal avait la compétence voulue pour rendre l'ordonnance d'accréditation—Demande rejetée—Loi sur le statut de l'artiste, L.C. 1992, ch. 33, art. 25.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. WRITER'S UNION OF CANADA (A-750-98, juge en chef Richard, jugement en date du 15-11-00, 4 p.)



*If undelivered, return COVER ONLY to:*

Public Works and Government  
Services Canada — Publishing  
45 Sacre-Coeur Boulevard,  
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9

*En cas de non-livraison,*

*retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*

Travaux publics et Services  
gouvernementaux Canada — Édition  
45 boulevard Sacré-Coeur,  
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9